

L'essor de la théorie juridico-politique sur l'état d'exception dans l'entre-deux guerres en France et en Allemagne : une genèse de l'état d'exception comme enjeu pour la démocratie

Marie Goupy

To cite this version:

Marie Goupy. L'essor de la théorie juridico-politique sur l'état d'exception dans l'entre-deux guerres en France et en Allemagne : une genèse de l'état d'exception comme enjeu pour la démocratie. Philosophy. Ecole normale supérieure de lyon - ENS LYON, 2011. French. <NNT : 2011ENSL0672>. <tel-00683729>

HAL Id: tel-00683729
https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00683729

Submitted on 29 Mar 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ÉCOLE NORMALE SUPERIEURE DE LYON
Laboratoire Triangle UMR 5206

Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'École normale supérieure de Lyon

Thèse de doctorat de philosophie

L'essor de la théorie juridico-politique sur l'état d'exception dans l'entre-deux guerres en France et en Allemagne : une genèse de l'état d'exception comme enjeu pour la démocratie

Thèse soutenue publiquement le 21 Novembre 2011 par
Marie Goupy

Directeur de thèse : Michel Senellart

Membres du jury : Carlos-Miguel Herrera
Hélène L'Heuillet
Gabriel Périès
Michel Senellart

ÉCOLE NORMALE SUPERIEURE DE LYON

Laboratoire Triangle UMR 5206

L'essor de la théorie juridico-politique sur l'état d'exception dans l'entre-deux guerres en France et en Allemagne : une genèse de l'état d'exception comme enjeu pour la démocratie

Marie Goupy

REMERCIEMENTS

Cette thèse n'aurait pu être menée à bien sans M. Michel Senellart, qui, par son encadrement bienveillant et ses mises en garde attentives, m'a permis d'éviter bien des écueils et des impasses.

Les conversations passionnantes que j'ai eu la chance d'avoir avec Gabriel Périès, dont les réflexions sont toujours guidées par beaucoup de finesse et d'ouverture, ont également animé mes recherches.

L'orientation de mon travail a été en partie déterminée par des échanges très intéressants et chaleureux avec Renaud Baumert, qui aborde toutes questions sérieuses avec un formidable humour.

L'organisation d'une journée d'étude consacrée à l'exceptionnalité avec Pierre-Antoine Chardel et Gabriel Périès a également beaucoup contribué à éclairer certaines questions difficiles, en bénéficiant de leur encadrement amical.

Les réflexions vives et pertinentes d'Antoine Mégie ne sont pas sans avoir secoué certaines de mes idées trop rigides.

Avant que mon travail n'évolue vers un sujet plus limité qu'il ne l'était au départ, j'ai eu le bonheur de recevoir l'attention bienveillante de Sylvie Thénault, d'Emmanuelle Sibeud, de Raphaëlle Branche et Claude Blanckaert et je conserve de leurs travaux et de leur enthousiasme le désir de poursuivre des recherches dans le domaine colonial.

Je suis immensément redevable à Gabriel et à Anne Perrin, qui ont bien voulu passer de longues journées à traduire des textes allemands difficiles avec beaucoup de générosité, de patience, et de finesse.

Cette thèse n'aurait jamais été ce qu'elle est sans les corrections attentives et la gentillesse infinie de Lionel.

Je n'aurais jamais commencé cette thèse sans Santiago.

Les relectures généreuses et beaucoup trop intelligentes de mes amis Louise, Gauthier et Paulin ont été l'un des moments les plus précieux de la rédaction de ma thèse.

C'est en discutant avec ma formidable amie Lucie que j'ai achevé de comprendre ce que je cherchais – comme souvent.

Bien des amis ont été très importants pour moi durant ce travail, par leur présence et les échanges que nous avons eu. Cigale a été la plus importante de ces importants amis.

Nul cheval n'eut été plus solidement rivé au sol que moi sans les relectures et le soutien de ma grande amie Viviane.

Rien n'aurait été possible sans l'âme russe et le cœur universel de Sophie.

Ma famille a été d'une douce présence durant toute cette période de thèse, et je lui dois beaucoup.

Andrea a été la plus belle rencontre que je doive à cette thèse.

Pour mon petit garçon, Joaquín.

Table des Matieres

Introduction

Première partie

L'émergence de la réflexion doctrinale portant sur l'état d'exception en France et en Allemagne : une réponse à la crise du parlementarisme

Deuxième partie

Carl Schmitt, théoricien de l'exception contre l'immanence démocratique

INTRODUCTION

L'indétermination de la notion d'état d'exception

L'état d'exception possède une évidente actualité. Tout d'abord, parce qu'il s'est présenté sous la forme d'une question brûlante, notamment depuis le 11 septembre 2011, ainsi qu'avec l'essor d'un nouveau terrorisme qui a donné lieu à une immense littérature se revendiquant du paradigme de l'état d'exception. Mais on pourrait également être tentés de voir dans les événements marquants de cette année 2011, qu'il s'agisse des « Révolutions arabes » ou des émeutes en Grande-Bretagne, des mobilisations populaires en Grèce ou de l'occupation de la place centrale de Madrid par le mouvement des indignés, des phénomènes qui relèvent d'une réflexion portant sur l'état d'exception. Pourtant, une telle présentation de l'objet de cette étude, introduit un évident flottement dans la définition même de l'état d'exception. Doit-on voir dans celui-là une situation de crise politique ou un fait qualifié juridiquement ? C'est donc d'abord sous la forme d'une notion très indéterminée que se présente l'état d'exception, à la lisière du droit et du fait, du juridique et du politique, qui semble faire obstacle à toute définition précise.

Il est néanmoins généralement admis qu'il existe bien un certain nombre de critères permettant de qualifier l'état d'exception, en partant de l'articulation de la situation exceptionnelle et de la dérogation à l'égard des moyens ordinaires à laquelle elle donne lieu pour l'Etat. Ainsi, pour J.F. Kervégan :

> « Par situation extrême, on doit comprendre celle d'un Etat dont l'ordre intérieur est gravement troublé, voire l'existence menacée par un facteur (invasion étrangère, subversion ou insurrection intérieure, ou même catastrophe naturelle) dont l'élimination suppose le recours à des moyens extraordinaires qui outrepassent, surtout s'il s'agit d'un Etat de droit, le cadre normal de son action. »[1]

Une telle proposition doit être comprise comme une définition générale de l'état d'exception qui articule norme et fait, et peut être ensuite spécifiée dans le cadre plus précis de l'Etat constitutionnel, au sein duquel l'état d'exception reçoit sa définition

[1] Kervégan, 2003, p. 252.

juridique[2]. Mais elle permet dès à présent de pointer les difficultés auxquelles vont se trouver confrontées toutes les définitions générales de l'état d'exception, car il faut encore déterminer le seuil à partir duquel une situation extrême « suppose le recours à des moyens extraordinaires ». Doit-on admettre que la situation elle-même engendre nécessairement l'usage de tels moyens ? Ou est-ce le droit qui détermine la situation ? Mais le droit, en tant qu'ordre de règles, peut-il bien déterminer par avance l'exception ? Une telle décision de l'exception n'excède-t-elle pas toujours le droit, laissant ainsi apparaître la spécificité du politique ? Sans répondre par avance à ces interrogations, il convient d'abord d'observer leur incidence sur la définition que l'on peut donner de l'état d'exception.

Définitions de l'état d'exception

On peut très généralement distinguer deux approches conceptuellement opposées de l'état d'exception, dont l'une consiste à partir du fait, et l'autre, du droit.

1. L'état d'exception comme situation juridiquement qualifiée

La première approche de l'état d'exception est de nature juridique ou juridico-politique, et quelles que soient les divergences qui scindent ensuite cette approche, elle définit l'état d'exception comme un fait qui n'a d'existence qu'à raison de sa qualification juridique. Et, dans ce cadre, nous proposons de distinguer très généralement quatre grandes définitions[3].

1.1 L' « état d'exception » comme fait qualifié par des règles de droit

Une première définition, largement adoptée par les juristes positivistes, consiste à définir l' « état d'exception », c'est-à-dire dans ce cas la situation de crise, comme un fait juridiquement défini par des règles de droit. Ainsi, pour Michel Troper :

---

[2] Kervégan, 2003, p. 252.

[3] Il existe d'autres types de classification des modèles théoriques de l'état d'exception, notamment celui d'A. Jakab, qui distingue les théories centrées autour de l'Etat de celles qui se construisent autour de la Constitution. Cette classification n'est pas sans efficacité, mais elle présente le défaut, concernant notre réflexion, de répondre par avance à ce qui fait problème : la finalité et le sens même de l'état d'exception. O. Gross et F. Ní Aoláin proposent également une classification, distinguant un « modèle d'accommodation », un modèle extra-légal et, enfin, un modèle du « business as usual », selon un principe non explicite, qui nous semble mélanger critère descriptif et normatif. Voir notre explication en note de bas de page n° 7. *Cf.* Jakab, 2005 ; Gross et Nì Aoláin, 2007.

> « Il n'y a pas d'abord un état d'exception, puis des règles pour le régir, mais l'état d'exception est la situation qui fait l'objet de règles sur l'état d'exception. En d'autres termes encore, l'état d'exception est une situation qu'une autorité compétente décide de qualifier d'état d'exception. »[4]

Une telle définition se veut d'abord descriptive. De ce point de vue, elle exclut qu'il existe quelque chose de tel qu'un état d'exception factuel du point de vue du droit, de même qu'elle écarte tout fondement juridique supra-positif des pouvoirs de crise. Si la notion d'état d'exception peut désigner quelque chose (mais elle est toujours un peu suspecte), il ne peut s'agir que d'une situation réglementée par des normes juridiques qui la qualifient d'exceptionnelle. Mais cette définition possède également un sens normatif, qui consiste à récuser qu'un usage des pouvoirs de la puissance publique hors du cadre légal puisse prétendre à une justification juridique[5].

Cette première approche de l' « état d'exception » n'est pas homogène, et elle admet ensuite des positions divergentes. Ainsi, il faut distinguer les théories qui optent pour la rigidité du droit de celles qui défendent au contraire le principe d'une souplesse intrinsèque du droit, qui lui permet de s'adapter aux situations[6], mais aussi, potentiellement, de transformer dangereusement la Constitution[7]. Michel Troper, tout comme Herbert L. A. Hart[8] adoptent cette seconde position. Mais Hans Kelsen n'est pas sans admettre également une certaine marge dans l'interprétation des normes supérieures qui président au processus de création des normes inférieures[9]. Indépendamment de ces distinctions, l'ensemble de ces auteurs nie qu'il existe un état d'exception, s'il faut admettre que ce dernier constitue

---

[4] Troper, 2007, p. 167.

[5] Le rejet de tout exercice du pouvoir hors du droit procède d'un certain courant de la tradition libérale qui se revendique de B. Constant et, surtout, d'E. Kant, qui s'opposent sur ce point à un second courant libéral issu de J. Locke. *Cf.* Constant (1814), 1997, Seconde partie, chap. XVI ; Kant (1796), 1993, « Le droit de nécessité » ; Locke (1690), 1992, chap. XIV.

[6] On pourrait penser que la théorie des circonstances exceptionnelles défendue par Mathiot est également l'expression d'une telle « souplesse du droit ». Mais Mathiot accorde au juge non seulement un pouvoir de contrôle mais également celui de participer à l'élaboration du droit dans le cadre de son appréciation des décrets pris par l'exécutif en l'absence de toute autorisation légale. C'est pourquoi il nous semble qu'une telle interprétation très élargie de la Constitution ainsi que sa théorie des lacunes qui fonde le pouvoir d'appréciation du juge est bien plus proche de la théorie de Hauriou que d'une théorie strictement positiviste. *Cf.* Mathiot, 1956, p. 413 et ss.

[7] Dans leur étude des différents modèles juridiques et politiques formulant des réponses aux crises nationales, O. Gross et F. Ní Aoláin distinguent ainsi le « modèle d'accommodation » du modèle du « business as usual ». Le second exige le strict respect de la Constitution, tandis que le premier autorise des accommodations, soit par la promulgation de lois exceptionnelles, soit par une souplesse de l'interprétation de la Constitution ou des règles juridiques inférieures. Mais, d'un point de vue juridique, une telle classification est problématique, car la promulgation de lois par l'Assemblée demeure intégralement dans le cadre d'une stricte application du droit. Une telle catégorisation mélange selon nous des critères descriptifs et normatifs. *Cf.* Gross et Ní Aoláin, 2007, p. 17 et ss., et p. 86 et ss.

[8] *Cf.* Hart, 2005.

[9] *Cf.* Kelsen (1931), 2006.

autre chose que l'ensemble des règles édictées par les autorités compétentes pour faire face à une situation critique, et qui autorisent des dérogations ou des suspensions à l'égard des règles qui régissent ordinairement le fonctionnement des pouvoirs publics. En ce sens, cette première position relativise l'idée même d'un état d'exception.

1.2 La dictature constitutionnelle, le droit supra-positif et la défense d'une conception substantielle de la Constitution

La dictature constitutionnelle est, sans doute, la forme paradigmatique de l'état d'exception juridique au regard de bien des auteurs. Parce qu'elle se réclame d'un fondement constitutionnel, une telle théorie de l'état d'exception pourrait sembler proche de la première. Elle s'en distingue pourtant très fortement, car elle consiste à interpréter les dispositions constitutionnelles, voire la Constitution dans sa totalité, comme le fondement d'une habilitation autorisant un dictateur à user de très larges pouvoirs dans l'objectif de sauver la Constitution. Dans une telle définition, la dictature est donc fondée juridiquement, mais elle ne demeure pas nécessairement dans le cadre de la légalité. Et les pouvoirs du dictateur sont le plus généralement déterminés par la finalité de la dictature, à laquelle s'ajoute toujours le critère inconditionnel d'une durée limitée. Une telle théorie fut celle de Carl Schmitt dans *la Dictature*[10], mais également de Carl Joachim Friedrich[11], bien qu'il cherche à distinguer sa propre théorie de celle de Schmitt en accentuant l'importance de la sauvegarde de la Constitution comme finalité indépassable de la dictature. C'est également celle de Clinton Rossiter, qui, dans l'objectif d'institutionnaliser une forme de dictature constitutionnelle américaine, suggère d'encadrer la dictature au moyen de critères spécifiques, lesquels sont dans l'ensemble déterminés par le lien de la dictature avec l'ordre constitutionnel qu'il s'agit de rétablir dans sa totalité[12].

Cette définition de la dictature peut être rapprochée des théories de l'état d'exception admettant l'existence d'un droit supra-positif qui fonde en situation de crise grave

[10] Carl Schmitt, *la Dictature* (1921).

[11] Après avoir défendu et adopté la théorie schmittienne de la dictature, notamment dans « Dictatorship in Germany ? » (1930), Friedrich cherche à s'en démarquer dans *la Démocratie constitutionnelle* (1950). Au sein de ce dernier ouvrage, il substitue, en effet à l'opposition de la dictature souveraine et de la dictature de commissaire de C. Schmitt, celle de la dictature constitutionnelle et de la dictature inconstitutionnelle. Mais ce n'est pas alors le fondement légal qui distingue les deux dictatures, sinon la finalité visée. *Cf.* Friedrich, 1950, p. 390 et ss.

[12] Rossiter (1948), 2009. On peut également inscrire la théorie de l'état d'exception de F. Saint-Bonnet dans cette définition. F. Saint-Bonnet ajoute néanmoins une forme de contrôle spécifique des pouvoirs dictatoriaux au moyen de l'opinion – en approfondissant d'ailleurs une thèse de Friedrich. *Cf.* Saint-Bonnet, 2000 ; 2001 ; 2003 ; 2007.

l'exercice des pouvoirs exceptionnels hors du cadre de la légalité, mais non hors du cadre juridique. Un tel droit supra-positif peut revêtir plusieurs formes : il peut consister en un droit de légitime défense de l'Etat, comme c'est le cas chez Maurice Hauriou[13], ou d'un droit de nécessité inhérent à l'existence de l'Etat, comme chez Robert Hoerni[14]. Et, comme le soutiennent à juste titre Oren Gross et Fionnuala Ní Aoláin, la théorie de l'état d'exception de Schmitt qui fonde juridiquement l'état d'exception sur une décision souveraine peut être intégrée dans le cadre des théories de l'état d'exception admettant un droit de légitime défense de l'Etat[15]. Selon cette thèse, l'état d'exception est un fait juridiquement qualifié, quoiqu'il ne se déduise pas du droit positif, ni des principes constitutionnels déterminant par avance les conditions de l'exercice de ces pouvoirs. Ce qui pose la question de savoir *qui* décide de l'état d'exception[16].

Contre ces précédentes définitions de l'état d'exception, certains auteurs importants dans le débat contemporain ont au contraire proposé de maintenir l'état d'exception dans le cadre de l'Etat de droit. Mais, au moyen d'une interprétation substantielle de ce dernier ainsi que de la Constitution, ces auteurs se sont proposé de saisir l'état d'exception comme une réponse à l'urgence exigeant certes de sortir des moyens ordinaires, mais demeurant toujours soumise à la limitation des principes implicites contenus dans le droit. Ainsi, en prenant notamment appui sur les thèses de Ronald Dworkin, David Dyzenhaus, propose-t-il une théorie de l'état d'exception liée par une conception substantielle de l'Etat de droit ainsi que par les valeurs qui fondent la légitimité de l'exercice du pouvoir par les autorités légales[17]. Une telle thèse a pour objectif évident de limiter l'exercice des pouvoirs exceptionnels en les soumettant à des principes juridiques dont la valeur est morale et politique, tout en répondant aux objections portant sur l'impuissance structurelle de l'Etat de droit libéral à assurer sa propre protection. Et elle possède l'intérêt de faire de l'évaluation ainsi que de la réponse apportée à l'état d'exception des questions collectives, adressées à l'ensemble des acteurs publics et des institutions qui sont impliqués dans le processus de réaction à la crise, notamment le juge. On pourrait alors nous reprocher de

[13] *Cf.* Hauriou, 1929 ; 1930.

[14] Hoerni, 1917, p. 18. *Cf.* également Camus, 1965.

[15] Gross et Ní Aoláin, 2007, p. 164 et ss.

[16] Sur ce point, les auteurs divergent. Ainsi, pour Hauriou, en vertu de la fonction spécifique réservée à l'exécutif dans la marche de l'administration et du gouvernement de l'Etat, c'est évidemment à celui-ci qu'est réservé l'exercice de ces pouvoirs exceptionnels. En revanche, Hoerni admet que le droit de nécessité peut être exercé par n'importe quel organe de l'Etat, voire par n'importe quel individu. Quant à Schmitt, il inverse, ainsi que nous le verrons, la question, en faisant de la décision de l'état d'exception le moyen de déterminer le souverain. *Cf.* Hoerni, 1917, p. 16. Hauriou et sur Schmitt seront étudiés dans le corps de ce travail.

[17] *Cf.* Dyzenhaus, 1997; 2006.

classer cette définition avec les théories adoptant un droit de nécessité, dont l'objectif est exactement inverse : les premières ont pour finalité de préserver l'Etat ; tandis que les secondes visent à garantir la sauvegarde des libertés individuelles. Néanmoins, si on laisse de côté le critère de l'objectif visé pour ne retenir que celui du fondement de l'état d'exception, les deux thèses font appel à un droit supra-positif ou à des valeurs supra-positives – car l'intégration supposée de ces dernières dans le droit ne peut effacer leur caractère de supériorité à l'égard du droit positif, puisqu'elles en permettent la légitimation.

1.3 L'état d'exception politique.

Enfin, une dernière définition de l'état d'exception sera inscrite dans le cadre des théories juridiques, bien que l'on ait qualifié cette dernière définition de théorie politique de l'état d'exception. Cette définition consiste à admettre que, dans certaines circonstances, le gouvernement peut être contraint de prendre des mesures illégales, bien qu'il ne puisse cependant le faire que sous sa responsabilité. Pour revenir dans la légalité, il doit donc être soumis au contrôle du Parlement dès que possible, qui peut accepter ou, au contraire, refuser de valider *a posteriori* les mesures gouvernementales. Cette position théorique est adoptée par Raymond Carré de Malberg, et, plus récemment, par Oren Gross[18]. En l'absence de toute norme préétablie, elle pose évidemment la question de savoir qui décide de l'état d'exception. Raymond Carré de Malberg admet que c'est le gouvernement. Et Oren Gross ne pose pas explicitement la question. En fait, pour l'un comme pour l'autre, ce sont bien les autorités exécutives qui sont amenées à prendre cette décision ; c'est pourquoi ces théories demeurent bien inscrites dans un cadre juridique préalable qui détermine l'instance amenée à décider de l'exception et explique l'importance accordée au contrôle *a posteriori* de l'Assemblée – lequel permet seul de rétablir la légalité.
Ces théories très différentes de l'état d'exception divergent profondément quant à leur conception du droit. Mais toutes invitent également à interroger la relation du droit au fait, où les limites de l'application régulière du droit voire, pour certains auteurs, de tout droit, est en jeu. Et c'est précisément sur cette disjonction du droit et du fait que la théorie d'Agamben s'est construite, en demeurant selon nous dans le cadre des théories juridico-politiques de l'état d'exception.

[18] Gross et Ní Aoláin, 2007, p. 111.

1.4 Giorgio Agamben et l'état d'exception comme espace vide de droit

Par son aspect incontournable, l'ouvrage de Giorgio Agamben *Etat d'exception* occupe une place singulière dans le champ des études sur l'état d'exception[19]. Car Giorgio Agamben n'entend pas décrire un phénomène juridico-politique circonscrit. A ses yeux, l'état d'exception est un dispositif général qui permet d'articuler le droit au fait au moyen de la création d'un espace anomique qui soumet les individus à une violence illimitée – la violence souveraine – dans l'objectif de permettre l'application ultérieure du droit. Mais en outre, ce dispositif s'est progressivement intégré au sein du souverain même dans l'Etat moderne ; de telle sorte que l'état d'exception est progressivement devenu le paradigme des gouvernements contemporains.

Par cette analyse, Agamben va bien au-delà des objectifs limités des précédentes théories de l'état d'exception. Néanmoins, il demeure inscrit dans le cadre d'une approche juridico-politique, car l'état d'exception est encore une technique juridique spécifique qui détermine la qualification de l'état d'exception en partant du droit et de l'Etat.

L'ensemble de ces définitions juridiques de l'état d'exception divergent profondément par la conception du droit et de l'Etat qu'elles engagent. En outre, l'évidence même de l'état d'exception n'est pas également admise par ces théories. A la limite, la première définition consiste en une négation pure et simple de la notion même d'état d'exception. Et la théorie de Giorgio Agamben fait inversement de l'état d'exception la norme même des gouvernements contemporains. Néanmoins, ces définitions excluent toutes par principe une définition factuelle de l'état d'exception, puisque la qualification de l'état d'exception, d'un point de vue juridique, est toujours monopolisée par une règle de droit, par l'autorité légale ou, enfin, par la puissance légitime. C'est pourquoi la définition factuelle de l'état d'exception constitue une seconde approche théoriquement divergente de l'état d'exception.

[19] *Cf.*, Agamben, 2002.

2. L’état d’exception comme fait social

L’approche de l’état d’exception comme fait social s’est développée, notamment dans le champ de la sociologie, qui par sa méthode même s’oppose aux théories qui font abstraction des pratiques concrètes. Ainsi, Didier Bigo et Jef Huysmans ont-ils ont-ils dénoncé l’occultation de la réalité sociale qui est à l’œuvre dans les théories de l’état d’exception[20]. Cette mise en accusation est alors explicitement adressée aux thèses de Giorgio Agamben, auquel il est reproché de « faire l’histoire des concepts à travers des périodes de temps comme s’ils avaient une vie indépendante des pratiques sociales »[21]. A l’encontre d’une telle méthode, Didier Bigo invite, au contraire, sur le modèle de Pasquale Pasquino, à souligner l’hétérogénéité des différentes doctrines portant sur l’état d’exception[22], qui illustrent les antagonismes sociaux et exigent d’interpréter les divergences doctrinales à la lumière d’une compréhension plus générale des conflits sociaux. Dans ce cadre, l’approche sociologique compléterait donc la théorie juridique, pour laquelle il n’existe pas de réalité objective, comme le souligne Michel Troper, mais seulement des faits juridiquement qualifiés[23].

Pourtant, il y a bien selon nous une incompatibilité entre une approche juridique de l’état d’exception et une approche qui part des faits et des pratiques. Elle porte sur la qualification même de l’« état d’exception ». Car une qualification juridique de la situation exceptionnelle n’est pas seulement descriptive, mais aussi normative, puisqu’elle exclut qu’un fait soit en lui-même exceptionnel. Ainsi, au sein d’une fine analyse philosophique portant sur les rapports de la norme et de l’exception relativement à la question spécifique de la guerre, Ninon Grangé s’oppose aux théories juridiques portant sur l’exceptionnalité qui survalorisent le droit par rapport au fait[24]. Elle propose au contraire de s’intéresser aux fictions juridiques et politiques qui s’insèrent dans le processus d’appréciation même des

[20] *Cf.* notamment D. Bigo, 2007 ; Huysmans, 2006 et 2008.
[21] Bigo, 2007, p. 115.
[22] Bigo, 2007, p. 126.
[23] Troper, 2007, p. 167.
[24] F. Saint-Bonnet intègre bien d’une certaine manière le fait en insistant sur le poids de l’opinion dans la détermination de l’état d’exception ; mais l’opinion joue alors essentiellement une fonction de contrôle de l’état d’exception, sous la forme classique d’une sorte d’« équilibre des pouvoirs ». C’est pourquoi cela ne modifie pas profondément l’approche juridico-politique de l’état d’exception qui cède à l’autorité légale la définition du fait – de l’état d’exception.

faits[25]. Une démarche extrêmement intéressante en ce qu'elle invite à interroger le sens et la fonction de la qualification juridique ou politique de la situation exceptionnelle – de la détermination ou de la *décision* de l'exception.

Les confusions qui existent autour de la notion d'état d'exception, dont on ne sait pas toujours si elle désigne une situation de fait ou de règles s'appliquant à résoudre la crise, peuvent alors trouver un début d'explication. Car l'état d'exception est juridiquement défini pour autant que le droit le qualifie comme tel, *en écartant par suite qu'un fait puisse s'imposer de lui-même comme exceptionnel*. C'est pourquoi, comme l'a noté très justement Ninon Grangé, l'état d'exception est d'abord un phénomène qui fait l'objet d'un conflit de qualification[26].

Des conflits autour de la qualification de l'état d'exception : position du problème

C'est dans ce cadre que nous sommes conduit à dégager notre problème. Car les critiques formulées par l'approche de l'état d'exception comme fait social montrent selon nous que l'état d'exception n'est pas un fait juridique ni un fait empirique (par exemple un événement politique particulièrement grave), ni même un simple principe de légitimation, mais bien la *qualification* juridique ou politique d'une situation qui engage en tant que telle l'application de règles juridiques et de pratiques de pouvoir. Reste que l'état d'exception est un concept juridiquement indéterminé, que bien des juristes contestent en faveur d'un examen des législations ou des dispositions constitutionnelles positives qui réglementent les situations de crise. Mais cette dernière interprétation engage également une certaine qualification de la situation exceptionnelle liée à des modalités d'application du droit, qui entre seulement en conflit avec d'autres formes de qualification, notamment celles que l'on désigne sous le vocable flou d'état d'exception – lequel se prétend d'ailleurs également juridique. C'est pourquoi, bien loin que le droit positif permette de régler la question en déterminant ce qu'est la situation de crise, il faut inversement voir, dans l'effort d'interprétation du droit et, plus généralement, dans les théories juridiques portant sur les pouvoirs de crise, un effort visant à qualifier la situation de crise par des moyens juridiques déterminés. C'est cet effort visant à assurer une qualification *juridique* de la crise dont il convient d'interroger le sens.

[25] *Cf.* Grangé, 2007.
[26] Grangé, 2007 p. 24 et ss.

Ce point de départ implique de repousser toute définition universelle de l'état d'exception, qui affirme que tout Etat soumis à des règles pourrait être potentiellement amené à les violer pour préserver sa propre existence ou son ordre intérieur[27]. Car une telle définition vient précisément masquer les conflits qui se développent autour de l'interprétation des pouvoirs de crise, ainsi que sur les modalités de la qualification juridique de l'état d'exception. L'axe de réflexion retenu suppose également de ne pas interpréter de manière préétablie la notion d'état d'exception comme une forme de résistance autoritaire ou monarchiste à l'égard de l'émergence puis de la domination de l'idée d'Etat de droit, qui conduirait également à dissimuler la complexité des enjeux véhiculés par ces débats doctrinaux. Enfin, ce ne sont pas les législations d'exception elles-mêmes qui sont en jeu, dans notre réflexion, mais bien les théories juridiques et la doctrine[28] qui vont entrer en conflit autour de l'interprétation de ces législations ainsi que sur la question de savoir s'il existe un droit de nécessité ou un droit de légitime défense de l'Etat. Ceci suppose de délimiter un champ d'étude circonscrit.

Celui-là a été déterminé par deux motifs stratégiques. D'une part, nous avons choisi de nous pencher sur les débats doctrinaux portant sur la question des pouvoirs de crise dans l'entre-deux-guerres, en France et en Allemagne, en raison de l'essor particulier de cette réflexion durant cette période. Cet essor est issu d'un contexte théorique spécifique, lié à un conflit juridique opposant un courant positiviste et un courant antipositiviste, et à la domination de la notion ambiguë d'Etat de droit, mais également au contexte politique de l'époque. Ces conditions seront examinées plus loin. Ici, il suffit de noter que les conséquences de la guerre, l'avènement de la République en Allemagne, les crises économiques et politiques à répétition vont jouer un rôle considérable dans cet intérêt pour les pouvoirs de crise.

[27] Une telle définition universelle de l'état d'exception est admise, dans des optiques divergentes, aussi bien par C. Schmitt, C. Rossiter, C. J. Friedrich ou, plus récemment, par B. Manin et par F. Saint-Bonnet. Elle est également admise, quoique dans une tout autre finalité, par G. Agamben. Dans cette optique, il est alors possible de dégager un « paradigme » de l'état d'exception (Manin, 2008). Certes, ce paradigme diverge selon les auteurs, mais il engage toujours un ensemble de critères qui permettent à la fois de définir et de limiter l'état d'exception, ou d'en saisir la structure. *Cf.* notamment Friedrich, 1930 ; 1950 et 1957 ; Rossiter (1948), 2009 ; Schmitt (1921), 2000 et (1922), 1988 ; Manin, 2008 ; Saint-Bonnet, 2000 ; 2001 ; 2003 et 2007.

[28] Il y a évidemment eu des théories politiques de l'état d'exception bien avant l'entre-deux-guerres. Il suffit de penser aux ouvrages de J. Locke, de J.-J. Rousseau, ou à la mise en garde de B. Constant à l'égard des pouvoirs exceptionnels pour en être convaincu. Néanmoins, il ne s'agit pas d'un effort de qualification juridique, mais bien d'une analyse politique des pouvoirs exceptionnels. *Cf.* Constant (1814), 1997, seconde partie, chap. XVI ; Locke (1690), 1992, chap. XIV et Rousseau (1762), 1992, livre IV, chap. VI.

Mais, d'autre part, est l'importance de la pensée de l'état d'exception développée par Carl Schmitt[29], à la fois dans la théorie juridique de l'époque et dans la structure de la réflexion actuelle, qui a déterminé le périmètre et le traitement de ce travail.

En effet, la théorie du juriste se développe dans le cadre d'une importante production doctrinale portant à l'époque sur la question des pouvoirs de crise. Dans ce contexte, Schmitt a d'abord pour objectif de forger une interprétation très élargie des pouvoirs de crise, ainsi qu'une théorie cohérente de l'état d'exception susceptible d'invalider les thèses positivistes, qui visent à réduire les pouvoirs exceptionnels aux réglementations positives applicables en situation de crise. Par cet objectif, le juriste prend position dans un champ de la théorie juridique traversé par des conflits d'interprétation qui véhiculent des stratégies politiques implicites, qui seront dégagées.

Mais, en outre, Schmitt fait de l'état d'exception un instrument de localisation de la décision souveraine qui garantit un *monopole étatique de la qualification juridique de l'état d'exception*. Il faut certainement voir dans ce monopole décisionnel un instrument destiné à contrer les théories caractéristiques à ses yeux de l'Etat de droit libéral qui visent à soumettre l'intégralité de l'activité étatique au cadre de la légalité. Mais il s'agit également de garantir un monopole juridico-politique de la décision de l'exception contre les dangers inhérents de la démocratie qui menace de dissoudre l'unité politique. Et, sous cet angle, la qualification juridico-politique de la situation d'exception par la décision souveraine doit être également conçue selon nous comme un effort conscient et cohérent de disqualification de toute prétention du peuple à intervenir directement dans le champ politique.

Ce second volet de la théorie schmittienne a été partiellement masqué par le conflit théorique qui l'oppose au normativisme et au libéralisme. De la sorte, les réflexions portant sur l'état d'exception se positionnent bien souvent autour des deux enjeux majeurs que sont le respect du cadre légal et la préservation des libertés individuelles. Mais il faudra alors se demander si la principale victoire de la théorie schmittienne n'aura pas été

[29] L'importance de la théorie schmittienne pour la question de l'exceptionnalité n'est plus à démontrer. En revanche, on ne peut faire l'examen de cette théorie sans quelques précautions. D'une part, parce que la théorie de Schmitt n'est certainement pas la froide description objective de la réalité que certains commentateurs voudraient y voir, mais bien une lecture politique du droit et de la situation de Weimar dont les tendances autoritaires vont progressivement s'affirmer. D'autre part, comme l'ont établi O. Beaud et R. Baumert, Schmitt écrit en stratège : il vise toujours un objectif précis dans un contexte déterminé. En l'absence d'une connaissance approfondie de ce contexte, on perd de vue le caractère très engagé des thèses du juriste, et l'usage ultérieur de ses théories en devient pour le moins périlleux. C'est pourquoi, si nous entendons étudier de manière approfondie les thèses du juriste allemand, qui jouent un rôle majeur dans les réflexions actuelles, il nous semble en revanche très délicat d'utiliser les théories du juriste au même titre que n'importe quel théoricien du droit et de l'Etat. *Cf.* Beaud, 1995 ; Baumert, 2009.

d'imposer le monopole d'une qualification exclusivement juridico-politique de l'état d'exception. L'état d'exception, que l'on réfléchisse avec ou contre Schmitt, est désormais devenu une question que l'on ne pense plus guère que du point de vue de l'Etat et du droit. En vertu de notre hypothèse d'après laquelle la théorie de Schmitt a constitué l'un des principaux opérateurs de la qualification juridico-politique de l'état d'exception, laquelle imprègne encore les réflexions actuelles sur le sujet, ce sont les analyses du juriste allemand qui constituent le socle de la présente démarche. Et, dans ce cadre, ce travail se trouve inscrit dans le champ complexe des conflits d'interprétation portant sur la théorie schmittienne.

A quoi répond la théorie juridico-politique de l'état d'exception de Schmitt ?

Il faut donc dégager préalablement les grandes positions adoptées par les auteurs concernant la cible principale de la théorie schmittienne de l'état d'exception. Elles s'intègrent généralement dans une interprétation de l'ensemble de la pensée du juriste. Cinq grandes positions seront distinguées, dont la première doit être différenciée des autres.

1. Le critère stratégique : pour ou contre l'Etat constitutionnel de Weimar

La première interprétation consiste à interroger l'objectif stratégique du juriste à l'aune de son engagement ultérieur dans le régime nazi. Dans ce cadre, il importe de savoir si le juriste a eu pour objectif de sauver ou au contraire de subvertir l'Etat constitutionnel de Weimar – une interrogation qui engage bien évidemment sa théorie de l'état d'exception. Une première interprétation, défendue principalement par George Schwab, Julien Freund et, plus récemment, par Ellen Kennedy, consiste à admettre que Schmitt a voulu sauver l'Etat constitutionnel en mettant en garde contre les dangers de la neutralité libérale et du formalisme positiviste[30]. A l'encontre de cette lecture, une seconde interprétation, défendue notamment par Olivier Beaud, David Dyzenhaus, Renaud Baumert, Yves-Charles Zarka, Augustin Simard[31], soutient au contraire que le juriste a systématiquement

[30] *Cf.* notamment Freund, 1978 et 1987 ; Schwab, 1989 ; Kennedy, 2004. *Cf.* également Gottfried, 1990.
[31] *Cf.* notamment Beaud, 1993 et 1997 ; Zarka, 2001 et 2003 ; Baumert, 2009a et 2009b ; Dyzenhaus, 1997b et 1998 ; Simard, 2009.

voulu miner l'Etat constitutionnel, en favorisant autant que possible une présidentialisation du régime, en particulier au moyen d'une interprétation abusive de la Constitution.

Dans ce cadre, la position retenue ici est tranchée : Schmitt a consciemment participé à la présidentialisation du régime, et a favorisé sa mutation autoritaire. Néanmoins, cette première analyse ne répond pas encore pleinement à la question de savoir ce que vise la théorie juridico-politique de l'état d'exception schmittienne, qui ne peut se réduire à son simple objectif stratégique immédiat. C'est pourquoi il faut ensuite distinguer quatre positions sur cette question.

2. L'état d'exception contre le rationalisme et la technique, facteurs de dépolitisation

Pour bien des interprètes, la théorie schmittienne est d'abord une pensée du politique qui cherche à résister à la rationalité, porteuse à ses yeux de neutralité et de dépolitisation. Pour J.F. Kervégan, cette résistance vise la rationalité elle-même[32]. En revanche, elle porte plus spécifiquement contre le libéralisme infiltré par la technologie pour John McCormick[33]. Enfin, pour J. Hummel, Schmitt veut défendre la politique contre la crise du monde moderne, assujetti à la technique et aux ordres objectivés que sont l'économie et la bureaucratie[34]. Dans ce cadre, l'état d'exception trouve une fonction spécifique : elle permet de réaffirmer la primauté du politique contre la rationalité juridique, en soumettant le juridique au politique au moyen de la qualification juridico-politique de l'état d'exception.

Cette interprétation désigne certainement l'une des cibles du juriste, mais elle a pour effet, non sans paradoxe, de dépolitiser partiellement la théorie de Schmitt en masquant les visées politiques spécifiques de l'argumentation du juriste derrière une défense générale du politique ou une critique de la rationalité, ce qui est à la fois contestable et périlleux.

3. L'état d'exception contre le libéralisme

L'interprétation d'après laquelle le libéralisme constitue la principale cible du juriste est largement admise. Elle est défendue notamment par J. Habermas, par J. McCormick, et de

[32] Kervégan, 1992.
[33] McCormick, 1997.
[34] Hummel, 2005.

manière appuyée par D. Dyzenhaus, qui interprète l'intégralité des thèses de Schmitt à l'aulne de son antilibéralisme[35]. Mais cette thèse est également admise dans une certaine mesure par C. Mouffe, qui voit dans la critique antilibérale de Schmitt l'occasion d'une réforme du libéralisme. Il ne s'agit certainement pas de récuser l'antilibéralisme de Schmitt contre toute évidence. Néanmoins, nous défendons, à l'instar de bien d'autres auteurs, notamment de R. Cristi, J. Steitzer, R. Baumert et A. Simard[36], que la critique de Schmitt demeure partiellement interne à une certaine tradition conservatrice libérale. Or, la plupart sinon toutes les critiques portées par le juriste contre le libéralisme, notamment sa neutralité et son caractère apolitique, sont subordonnées à une dénonciation de son impuissance à maintenir l'unité politique. Ce qui nous conduit à la thèse d'après laquelle c'est la sauvegarde de l'Etat qui constitue le principal objectif de la théorie de l'état d'exception.

4. L'état d'exception et l'Etat

L'interprétation d'après laquelle la théorie schmittienne est au service de la sauvegarde de l'Etat ne signifie pas que le juriste ait voulu sauver l'Etat constitutionnel de Weimar. L'Etat est bien plutôt, à l'instar de bien des conservateurs, le Reich, ou, au moins, l'unité politique historique allemande. C'est pourquoi la sauvegarde de cette unité se réalise, dans cette interprétation, au détriment des principes libéraux. Cette thèse est adoptée notamment par Carlo Galli et Sandrine Baume[37], et elle nous semble parfaitement exacte. Mais elle demeure incomplète, car, en valorisant la question étatique, elle en vient à masquer ce qui constitue justement, pour Schmitt, le principal danger pour l'unité politique étatique.

5. L'état d'exception contre la démocratie

La dernière grande interprétation voit dans la théorie schmittienne, et spécifiquement dans sa théorie de l'état d'exception, un outil antidémocratique. Cette thèse est défendue par Renato Cristi, pour lequel les thèses du juriste développent un libéralisme

---

[35] *Cf.* notamment Habermas (1985), 1990. Dyzenhaus, 1997 ; 1998. Mouffe, 1998a ; 1998b. Les interprètes pour lesquels c'est le libéralisme qui constitue la principale cible de Schmitt sont nombreux. Nous ne mentionnons ici que les auteurs qui ont traité cette question de manière systématique.
[36] *Cf.* Steitzer, 1998. Cristi, 1993 ; 1998. Baumert, 2009 et Simard, 2009. Pour ces deux derniers néanmoins, la critique interne du libéralisme de Carl Schmitt est instrumentale – ce qui sera également la position retenue dans ce travail.
[37] *Cf.* notamment Galli, 2004. Baume, 2008.

antidémocratique, consistant dans la défense d'un Etat sécuritaire au service des objectifs de l'économie libérale. Mais elle est également portée par l'interprétation de Jef Huysmans, quoique dans un autre sens[38].

Selon Jef Huysmans, la théorie de Schmitt vise essentiellement à contrer la politisation de la société et le poids de son intervention dans la formation d'une « volonté politique ». Son objectif principal est donc de dépolitiser la sphère sociale, dans une visée qui ne procède pas seulement d'un choix méthodologique, qui consisterait à partir de l'Etat plutôt que de la société, mais bien d'un objectif politique conscient qui cherche à la fois à nier et à contrecarrer la participation multiple et dispersée des groupes sociaux au politique. C'est dans le sillage de cette analyse que notre étude s'inscrit, en spécifiant cependant le sens qui sera retenu pour le terme démocratie.

L'état d'exception comme effort de disqualification politique de la société :objectif, méthode et corpus

La théorie juridico-politique de l'état d'exception formulée par Schmitt s'intègre dans le cadre d'une pensée qui, bien qu'elle soit le plus souvent stratégique et contextuelle, n'en suit pas moins continûment un objectif de dépolitisation de la sphère sociale. Cet objectif procède d'un diagnostic portant sur les conséquences désastreuses à ses yeux de l'évolution démocratique des régimes et des sociétés, qui engage la croyance d'après laquelle l'unité politique pourrait se construire de manière *immanente*, c'est-à-dire sans recourir à la domination d'une puissance transcendante susceptible de garantir cette unité. Or, c'est cette prétention de fonder l'unité politique de manière immanente que nous assumerons comme essence propre de la démocratie. Nous définirons donc la démocratie, à l'encontre de la définition substantielle et autoritaire de la démocratie schmittienne, comme une forme de l'unité politique reposant sur un double principe : celui de l'autonomie de la raison individuelle ; celui de l'auto-organisation sociale. Et nous formulons l'hypothèse d'après laquelle c'est cette conception de la démocratie que la théorie juridique de l'état d'exception de Schmitt veut contrer, en assurant le monopole étatique du politique contre sa dispersion dans la sphère sociale. Dans ce cadre, la construction d'une théorie juridico-politique de l'état d'exception constitue selon nous l'un des principaux instruments permettant de garantir un tel monopole, au moyen de la qualification exclusive de l'état

[38] Cristi, 1993 ; 1998. Huysmans, 2008.

d'exception par la décision souveraine. Ceci nous amène alors à établir la méthode générale de notre travail, ainsi que notre corpus.

Il s'agit de comprendre quelle est la finalité de l'effort de qualification juridique de l'état d'exception, dont la théorie schmittienne fut l'un des principaux opérateurs. Ce qui implique d'une part de déterminer de manière générale quels ont été les enjeux des conflits juridiques autour de la question des pouvoirs de crise dans l'entre-deux-guerres et, d'autre part d'examiner plus spécifiquement la stratégie de construction de la théorie de l'état d'exception de Schmitt. Pour saisir les enjeux des pouvoirs de crise dans le contexte de l'époque nous avons choisi d'élargir le champ de notre étude par un examen de la doctrine française dans un double objectif. Tout d'abord, en raison du contexte très particulier dans lequel Carl Schmitt produit sa théorie, c'est-à-dire après l'avènement de la République allemande, dans une situation de crise permanente économique et politique, il est nécessaire de disposer d'une appréciation plus générale des enjeux liés à l'essor de la réflexion doctrinale sur les pouvoirs de crise dans l'après-guerre. La doctrine française présente l'intérêt de n'être déterminée ni par le nouvel avènement de la République ni par l'espoir ou la crainte d'un retour vers la monarchie. En outre, les nombreux échanges entre les théories juridiques allemandes et françaises, notamment depuis la fin du XIXe siècle et le rôle de contre-modèle joué par le parlementarisme français lors de la rédaction de la Constitution de Weimar, montrent qu'une partie des enjeux doctrinaux autour de la question des pouvoirs de crise procède d'une même grille d'analyse. Ensuite, et inversement, l'étude de la doctrine française permettra de dégager les enjeux plus spécifiques portés par la réflexion juridique allemande sur les pouvoirs de crise.

De manière générale, cette étude en contre-point montrera que l'essor de la réflexion juridique sur les pouvoirs de crise en France et en Allemagne s'inscrit d'abord dans un contexte général de crise du parlementarisme, liée au pluralisme qui accompagne la démocratie parlementaire et conduit une partie des élites à poser avec inquiétude la question de l'unité politique.

Ce travail n'étant pas celui d'un historien, il ne prétend ni à l'exhaustivité ni à la systématicité. Il s'est limité à l'étude de grandes figures de la théorie juridique française, ainsi qu'à l'examen du conflit qui s'est développé notamment à Iéna autour de l'interprétation de l'article 48. Sans prétendre donc produire une analyse globale des théories juridiques portant sur les pouvoirs de crise, il s'agit donc d'établir les grands axes du conflit portant sur les modalités de la qualification juridique de l' « état d'exception ».

Enfin, on ne peut ignorer le poids des pouvoirs de crise dans l'arrivée des régimes autoritaires. Et l'on reviendra dans notre première partie sur les accusations portées contre le positivisme d'avoir favorisé cette arrivée par une interprétation formelle du droit. Toute prétention de déterminer le poids de ces législations ou dispositions constitutionnelles sur la transformation des régimes est exclue. En revanche, nous nous intéresserons aux stratégies politiques sous-jacentes aux théories juridiques dans leur interprétation des pouvoirs de crise.

Les œuvres de Carl Schmitt constituent la majeure partie du corpus de cette étude. Nous avons principalement examiné les ouvrages datant de la période de Weimar[39]. Néanmoins, nous avons réalisé dans le dernier chapitre de notre thèse une incursion dans ses ouvrages d'après-guerre, notamment avec la *Théorie du partisan*, qui prolonge la question de l'exceptionnalité dans le droit international.

Les trois auteurs retenus pour dégager les grands axes des enjeux du conflit doctrinal français ont été choisis pour leurs positions antagonistes, ainsi que pour leur influence sur la théorie allemande. Il s'agit tout d'abord de Maurice Hauriou, qui, par sa théorie de l'Etat comme puissance publique, s'oppose radicalement à la théorie du service public de Léon Duguit, qui constitue notre deuxième auteur. Enfin, nous avons examiné les thèses de Raymond Raymond Carré de Malberg, qui défend une conception positiviste du droit, aux antipodes des deux théoriciens de Toulouse et de Bordeaux.

Concernant ensuite le conflit théorique portant sur l'interprétation de l'article 48 en Allemagne, nous nous sommes spécifiquement intéressés aux auteurs qui ont été mêlés au conflit qui débute à Iéna, lequel nous a permis de dégager la particularité de la position schmittienne. A cet effet, les thèses de Richard Grau, de Erwin Jacobi et de Hans Nawiaski (ont été examinées.

Enfin, ont été étudiées les œuvres avec lesquelles Schmitt entre en discussion dans le cadre de son argumentation, notamment celles de Hans Kelsen et de Max Weber, mais également des auteurs de la contre-révolution, De Maistre et Donoso Cortès, qui jouent un rôle déterminant dans la construction de la théorie schmittienne de l'état d'exception. Enfin, la lecture de Benjamin a constitué un élément décisif de notre interprétation, bien qu'elle ne fasse l'objet d'une analyse que dans la conclusion.

[39] Nous tenons à préciser que, n'étant pas germaniste, nous avons eu accès aux textes allemands dans différentes traductions – française, anglaise et espagnole. Lorsque certains textes n'étaient pas traduits, ou lorsqu'un accès au texte s'est révélé indispensable, nous avons eu recours à l'aide de deux germanistes, allemande et agrégée d'allemand, qui ont bien voulu traduire les textes en question.

Il conviendra dans la première grande partie de montrer comment les antagonismes théoriques qui se sont développés autour des pouvoirs de crise s'inscrivent dans un conflit plus large, qui se déploie autour de la question du parlementarisme et participe de la crise du parlementarisme dominant en Europe. Le premier chapitre sera consacré à cette question dans le cadre de la doctrine française. Après avoir explicité en quoi consiste les pouvoirs de crise dans la doctrine française de l'entre-deux-guerres (chapitre I), les différentes positions adoptées autour de la question des pouvoirs de crise par les trois juristes français, Hauriou, Duguit et Carré de Malberg, seront ensuite examinées en trois moments successifs (chapitres II, III et IV).

Dans le second chapitre, la place spécifique occupée par la réflexion juridique sur la question des pouvoirs exceptionnels en Allemagne sera examinée. Il sera établi qu'elle répond certes au problème très contextuel des crises à répétition, mais également, de manière plus large, à la crise du parlementarisme ainsi qu'à un conflit portant sur la nature de la démocratie après l'avènement de la République (chapitres I et II).

La seconde grande partie est consacrée à la construction schmittienne de la théorie de l'état d'exception dont l'objectif consiste à contrer les théories qui se fondent sur un principe d'immanence démocratique. Le premier chapitre examinera comment l'état d'exception fut conçu comme le gardien de la souveraineté contre l'immanence démocratique. Puis, un second chapitre sera consacré à la construction schmittienne de la définition autoritaire et substantielle de la démocratie, qui s'articule avec une théorie de la dictature (chapitre II-1). Il s'agira alors de montrer que le juriste adopte un point de vue interne dans sa critique antilibérale, qui lui permet d'inviter les libéraux conservateurs à défendre les valeurs et principes de l'Etat libéral contre un dangereux pluralisme (chapitre II-2).

Enfin, dans un dernier chapitre, nous étudierons la critique schmittienne du pluralisme, dans l'objectif de montrer que l'état d'exception, conçu comme rempart contre la guerre civile, doit permettre de garantir le monopole étatique du politique (chapitre I), avant de terminer notre étude en montrant que le juriste prolonge sa théorie de l'état d'exception au niveau du droit international (chapitre II).

PREMIERE PARTIE

L'émergence de la réflexion doctrinale portant sur l'état d'exception en France et en Allemagne : une réponse à la crise du parlementarisme

INTRODUCTION

Les accusations qui se sont développées à l'encontre du positivisme juridique après la guerre et qui dessinent encore nettement les grands axes des conflits théoriques dominants en philosophie du droit et en théorie du droit ont une portée déterminante concernant la question des pouvoirs de crise et la notion d'état d'exception[1]. En effet, les lois de pleins pouvoirs et les dispositions légales portant sur les pouvoirs exceptionnels sont à la fois les instruments supposés de la préservation de la Constitution en situation de crise et les premiers outils potentiels de l'« injustice légale » à laquelle le positivisme se serait rendu aveugle[2]. Et, dès l'entre-deux guerres déjà, les juristes positivistes sont accusés, par leur interprétation formelle du droit, de faire le jeu des ennemis de la Constitution, en se mettant ainsi peu à peu en contradiction avec leurs propres positionnements politiques, le plus généralement favorables à la république et à la démocratie. C'est pourquoi nous voudrions partir de la critique qui s'est développée après la guerre et qui se maintient aujourd'hui à l'encontre de « l'illusion positiviste » pour dégager les enjeux d'une réflexion plus spécifique portant sur les pouvoirs de crise dans un Etat de droit démocratique[3].

Dans son célèbre article « Injustice légale et droit supralégal » (1946), Peter Radbruch esquisse le cœur de cible des attaques antipositivistes de l'après-guerre, qui porte sur l'identification de la loi positive et du droit :

> « Le principe « la loi, c'est la loi » n'était par contre soumis à aucune restriction. Il était l'expression de la pensée juridique positiviste qui, durant des décennies, dominait presque sans partage les juristes allemands. Ainsi la notion d'injustice légale, de même que la notion de droit supralégal, étaient-elles des contradictions dans les termes. »[4]

Par cette identification de la loi et du droit, le positivisme aurait en quelque sorte scellé le sort du droit dans l'entre-deux guerre, en induisant une attitude spécifique dans la classe

---

[1] Sur les critiques antipositivistes et les réponses qu'elles ont suscitées, *cf.* Troper, Grzegorczyk et Michaut, 1992 et Dyzenhaus, Reibetanz Moreau et Ripstein, 2007.
[2] Radbruch (1946), 1994.
[3] *Cf.* S. Goyard-Fabre, 2005. Le conflit qui oppose la critique antipositiviste au positivisme étant bien connu, il ne s'agit pas d'en reproduire l'exposé, mais seulement de prendre appui sur ses grands axes afin d'éclairer notre objet de réflexion.
[4] Radbruch (1946), 1994, p. 311.

des juristes : celle d'une soumission non-critique au droit positif. L'idée d'après laquelle le positivisme juridique engage une attitude servile à l'égard du droit en vigueur possède elle-même deux volets[5] : d'une part, il est reproché au positivisme d'avoir grossièrement réduit son objet d'étude, le droit, à la fois en écartant toute réflexion sur la justice (réflexion morale, politique, historique, etc.) et en construisant un objet « purement conventionnel ou formel (…) à la limite déconnecté du droit tel qu'il fonctionne réellement dans la société », autrement dit, du fait[6]. D'autre part, et non sans rapport avec ce premier reproche, les critiques portent sur les prétentions purement descriptives du positivisme, dont on dénonce la nature obscurément prescriptive[7]. L'une et l'autre des accusations se rejoignant dans une critique de l'injonction de soumission au droit positif qu'engagerait le positivisme juridique, et dont Lon L. Fuller exprime nettement la gravité politique :

> « Non seulement le positivisme juridique allemand excluait de la science juridique toute prise en compte des finalités morales du droit mais il était également indifférent à ce que j'ai appelé la morale intrinsèque du droit. Le juriste allemand était donc tout particulièrement préparé à accepter comme " droit " tout ce qui se présentait sous ce nom, était imprimé aux frais du gouvernement et semblait venir " *von oben herab* ". »[8]

A l'encontre de ces critiques, les auteurs positivistes de l'après-guerre ont très généralement souligné la pluralité des sens de la notion même de positivisme, elle-même issue d'une diversité de théories relevant de l'"histoire" du positivisme juridique, et dont la confusion alimente des critiques trop souvent injustifiées[9]. Ainsi, Norberto Bobbio relève trois types historiques de positivismes, qui engagent trois définitions divergentes de la notion, lesquelles peuvent éventuellement se recouper : selon une première définition le positivisme est une méthode, qui repose sur la distinction du droit réel et du droit idéal, et

---

[5] Ces deux axes critiques font l'objet d'une exposition très claire in Magnon, 2009.

[6] Grzegorczyk, Michaut, Troper, 1992, p. 24. Concernant la première accusation, on peut voir actuellement Villey, 1962, pp. 288 et suivantes et Goyard-Fabre, 2005 ; et pour la seconde, quoique évidemment pas dans une optique *jusnaturaliste*, Bourdieu, 1986.

[7] *Cf.* L.L. Fuller, 1958, partiellement traduit in Grzegorczyk, Michaut, Troper, 1992, pp. 511-515. Pour une critique positiviste assez radicale du caractère prescriptif du quasi-positivisme de Kelsen, on peut voir A. Ross, 1961, IV, partiellement traduit dans Grzegorczyk, Michaut, Troper, 1992, p. 204-206.

[8] « German legal positivism not only banned from legal science any consideration of the moral ends of law, but it was also indifferent to what I have called the inner morality of law itself. The German lawyer was therefore peculiarly prepared to accept as "law" anything that called itself by that name, was printed at government expense, and seemed to come "*von oaen herab*." Fuller, 1958, p. 659. Le passage est traduit dans Grzegorczyk, Michaut, Troper, 1992, p. 514. *Cf.* également Paulson, 1975, pp. 132-158.

[9] Sur la pluralité des définitions du positivisme, on peut voir l'introduction de C. Grzegorczyk et de M. Troper, in Grzegorczyk, Michaut, Troper, 1992, pp. 19 et suivantes. Pour une vigoureuse critique de la confusion quant au sens même du "positivisme" dans les critiques de G. Radbruch et L.L.Fuller, *cf.* Paulson, 1994, pp. 313-359.

où la science juridique ne s'occupe que du premier ; selon la seconde, le positivisme désigne une théorie étatique du droit, c'est-à-dire une conception du droit qui lie le phénomène juridique à la formation d'un pouvoir central souverain capable d'exercer la contrainte ; enfin, le positivisme désigne parfois une idéologie, c'est-à-dire une croyance d'après laquelle le droit possède une valeur intrinsèque exclusivement issue de son pouvoir de produire la paix, et source par suite d'obligation morale[10]. Par cette typologie, Norberto Bobbio écarte d'abord la critique informe et trop répandue portant sur la servilité du positivisme. Car seul le positivisme dans sa version idéologique engage une croyance dans la valeur intrinsèque du droit, et il ne s'agit pas alors de servilité, mais d'une véritable option théorique consistante, telle qu'elle se développe notamment chez Hobbes. En revanche, le positivisme comme méthode reposant sur la séparation du droit réel et du droit idéal, et donc aussi du droit et de la morale, ne suppose aucune attitude de soumission subjective à l'égard du droit positif ni de renoncement personnel à adopter des valeurs morales ou politiques :

> « Parce que tout ce que [Radbruch] dit, dépend en fait d'une surévaluation considérable de l'importance du simple fait qu'une règle puisse être dite règle de droit valide, comme si ceci, une fois déclaré, fournissait la réponse à la question ultime "Faut-il obéir à cette règle de droit ? " »[11]

Reste enfin le positivisme comme théorie étatique du droit, qui semble poser d'autres difficultés, sachant en outre que c'est en Allemagne que le droit positif est plus particulièrement défini comme droit de l'Etat[12].

Dans son excellent ouvrage, *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law. The theory and practice of Weimar Constitutionalism*, Peter Caldwell dresse une autre typologie des positivismes juridiques. Il distingue pour sa part le positivisme sociologique, qui conçoit la loi comme une pratique sociale factuelle ; le positivisme étatiste (*statist positivism*), qui identifie la loi aux normes positives édictées

---

[10] Bobbio, 1998, p. 28.

[11] Hart, 1958, p. 609. Traduit in Grzegorczyk, Michaut, Troper, 1992, p. 509. Selon Hart, la distinction du droit et de la morale a même explicitement pour but d'éviter les confusions quant au jugement que les citoyens, les fonctionnaires, les magistrats, etc. seraient amenés à effectuer sur les lois, en séparant la question de la validité de celle de la justice des lois :
« [The view of Austin, Gray, Kelsen] was that, in thinking about such laws, both the theorist and the unfortunate official or private citizen who was called on to apply or obey them, could only be confused by invitation to refuse the title of "law" or "valid" to them. The thought that, to confront these problems, simpler, more candid resources were available, which could bring into focus far better, every relevant intellectual and moral consideration: we should say, "This is law; but it is too iniquitous to be applied or obeyed". » : Hart, 1961, p. 203. *Cf.* également Bobbio, 1998.

[12] Troper, in Grzegorczyk, Michaut, Troper, 1992, p. 282.

par l'autorité légale ou les normes produites en vertu des procédures requises ; et enfin le positivisme de la loi (*statutory positivism*), qui se fonde sur la thèse axiomatique d'après laquelle la loi est seulement l'expression de la volonté ou du pouvoir de commandement (*Herrschaft*) de l'Etat :

> « [The statutory positivism] was a school founded on a specific method of interpreting statutes, understood as the highest expression of the state's will, through concepts such as "dominion" (*Herrschaft*) and "contract". »[13]

A l'encontre de la définition généralement reçue du positivisme de la loi (*statutory positivism*), Peter Caldwell refuse donc d'y voir une théorie dont l'axiome principal réside dans la seule identification du droit et de la loi[14]. Selon lui, le positivisme de la loi (*statutory positivism*) désigne une théorie juridique issue du positivisme d'Empire, qui, outre sa conception formelle du droit, repose sur la thèse centrale d'après laquelle les lois et ordonnances sont l'expression de la volonté illimitée de l'Etat[15]. Or, selon Peter Caldwell, c'est ce positivisme de la loi, dont l'axiomatique demeure encore valable après la révolution de 1918, qui domine sous la république de Weimar, quoiqu'il fasse l'objet d'une *transposition* dans le cadre du nouveau régime démocratique – non sans engager de très profonds bouleversements dans l'orientation politique de la théorie juridique. C'est pourquoi c'est bien chez Laband que l'on trouve très certainement, selon l'hypothèse de Peter Caldwell que nous adoptons ici, la structure du champ théorique dans lequel la question des pouvoirs de crise va se poser.

La réflexion de Laband s'inscrit dans le champ du positivisme d'Empire, qui se développe dans la seconde moitié du XIXe siècle, en particulier avec les théories de Gerber (1823-1891) et de Laband lui-même[16] (1838-1918), puis de Jellinek, dans un contexte marqué par

---

[13] Caldwell, 1997, p. 4.
[14] Caldwell relativise donc la différence classiquement admise entre le positivisme du droit [*Rechtspositivismus*] caractéristique de l'Empire, qui pose l'unité du système juridique avant la loi, et le positivisme légal ou de la loi [*Gesetzespositivismus*] propre à la République, qui s'en tient aux lois existantes. *Cf.* Jacobson et Schlink, 2000, p. 17.
[15] Caldwell, 1997, p. 14.
[16] Paul Laband est né en 1838 à Breslau. Il étudie le droit à Breslau, à Heidelberg et à Berlin. D'abord maître de conférence à l'Université de Königsberg de 1864 à 1872, il devient ensuite professeur de droit public à l'Université impériale de Strasbourg à partir de 1872. Son autorité en droit constitutionnel s'impose de son vivant. En 1880, il est nommé au Conseil d'Etat de l'Alsace-Lorraine, puis devient membre de la première chambre du Parlement. Son œuvre principale, *Le droit public de l'Empire allemand*, dont la première publication se produit entre 1876 et 1882 s'impose comme une référence majeure dans le champ juridique.

la construction de l'unité allemande[17]. Il vise à fonder une science positive systématique du droit, dont Geber puise le modèle dans le droit privé, et se développe dans cet objectif autour de trois axiomes majeurs : tout d'abord, à l'encontre des théories *jusnaturalistes* du droit et de manière plus large contre toutes les théories du droit qui reposent sur une base morale, religieuse ou politique, la science du droit positiviste procède d'un « principe méthodologique de pureté », lequel consiste à refuser de fonder la validité d'une règle de droit sur un principe supérieur et extérieur au droit positif, en particulier sur un droit naturel[18]. Par ce principe, la science du droit acquière son autonomie à l'égard des autres champs disciplinaires. Mais en outre, le positivisme de l'Empire exclut qu'une simple recension législative suffise à construire une véritable science du droit, dont la condition de possibilité réside dans la découverte d'un principe méthodologique qui permette de construire l'unité du système juridique. Ce critère est fourni par Paul Laband au moyen de la distinction de la forme juridique, qui concerne l'acte juridique lui-même indépendamment de son contenu, et de la matière juridique, qui porte précisément sur ce contenu. La science juridique positive s'établit alors comme une analyse des formes juridiques et une construction de leurs rapports logiques, sur la base d'une conception formelle du droit d'après laquelle le juridique ne peut être déduit que du juridique. Cette démarche systématique donne naissance à l'Ecole de l'*Isolierung*[19]. Enfin, ainsi que le souligne Peter Caldwell, le positivisme de la loi sous l'empire est *une théorie étatique du droit*, qui non seulement lie le phénomène juridique à la formation de l'Etat, soit à l'existence d'un pouvoir souverain capable d'exercer la contrainte, mais qui, en outre, fait de la loi la plus haute expression de la volonté de l'Etat souverain. Et effectivement, au sens formel, le mot loi désigne selon Laband la *forme sous laquelle se manifeste la volonté de l'Etat*. Ce dernier axiome possède deux conséquences majeures pour la théorie du droit de Laband et, nous le verrons, pour sa théorie des ordonnances, elle-même décisive concernant les règlements de nécessité.

D'une part, la forme sous laquelle se manifeste la volonté de l'Etat est, en vertu de la Constitution, le droit « qui est né avec l'assentiment de la représentation nationale »[20], dont l'autorité réside dans le fait qu'elle ne peut être modifiée ou abrogée que par un acte

[17] L'unité allemande a d'abord fait partie des principales revendications du mouvement révolutionnaire de 1848, mais elle ne se réalise entre les années 60 et 70 que sous la poigne autoritaire de Bismarck et s'achève par l'adoption en 1871 de la Constitution impériale.
[18] Jouanjouan, 2005, p. 224.
[19] *Cf.* Beaud, in Schmitt (1928), 1993, pp. 67-68.
[20] Laband, 1901, p. 344.

législatif[21]. Par suite, il n'y a pas de domaines réservés à la loi, à l'exclusion de ceux que la Constitution et en dernière instance le législateur lui-même définit comme tels. Le législateur, qui manifeste la volonté de l'Etat, décide seul de ce qui doit être réservé à la loi et de ce qui peut être régulé par d'autres voies, et il dispose toujours du pouvoir de mentionner dans la loi elle-même, « en propres termes, une exception »[22]. C'est pourquoi, ainsi que l'explique clairement Carré de Malberg, la notion de loi matérielle ne désigne pas une matière intrinsèquement réservée à la loi ou la nature propre de la loi, mais seulement « les règles pour l'établissement desquelles la Constitution exige, à raison de leur matière, l'emploi de la voie législative formelle : la loi matérielle, c'est donc la règle qui est en principe réservée par la Constitution à la compétence spéciale des organes législatifs » [23]. Et la Constitution impériale ayant exigé, selon Laband, que seule la loi puisse établir les règles de droit, c'est-à-dire des règles qui modifient la situation personnelle des gouvernés, soit dans leurs relations réciproques, soit dans leurs rapports avec l'Etat, la loi au sens matériel peut donc être définie comme « l'acte juridique qui établit une règle de droit »[24]. L'essentiel résidant dans le fait que la théorie labandienne est une théorie formelle du droit, qui relativise les limites matérielles du droit et écarte l'idée d'un domaine naturellement réservé à la loi.

Mais d'autre part, les amendements constitutionnels sont également le fruit de la volonté de l'Etat, comme en témoigne le fait qu'ils se fassent par voie législative (art. 78) :

> « La Constitution n'est pas un pouvoir mystique qui plane au-dessus de l'Etat, mais comme toute autre loi, il s'agit d'un acte de volonté de l'Etat, qui peut être modifié par cette volonté. »[25]

Laband exclut donc qu'il existe une différence de substance ou de nature entre la Constitution et les lois ordinaires. Cette thèse trouve d'abord sa traduction dans la

[21] Laband, 1901, p. 353.
[22] Laband, 1901, p. 354.
[23] Carré de Malberg, 1920, p. 300.
[24] Laband, 1901, p. 260. Comme le souligne Carré de Malberg, la définition de la loi matérielle comme règle de droit permet « d'établir que le monarque ne s'est pas dépouillé du libre exercice de la puissance législative qu'en ce qui concerne les règles dites de droit, et que pour toutes les autres règles, il a conservé le pouvoir constitutionnel de les édicter par lui seul sous forme d'ordonnance » : Carré de Malberg, 1920, p. 303. Autrement dit, l'objectif d'une telle distinction consiste certes à garantir que le droit des sujets ne puisse être modifié sans faire l'objet d'un acte législatif, mais inversement, elle permet de maintenir l'autonomie de la puissance administrative du monarque à l'égard du législateur, puisque les règles qui touchent au fonctionnement interne de l'appareil administratif peuvent faire l'objet d'une simple ordonnance. Nous reviendrons sur la critique émise par Carré de Malberg à l'encontre de la théorie de Laband dans le chapitre consacré à l'auteur strasbourgeois.
[25] Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tübigen, vol. 2, 1911, p. 39. Cité dans Klein, 1997, p. 137.

relativisation de l'idée même de droits fondamentaux, puisqu'il n'existe pas d'autres droits intangibles que ceux qui sont fixés par la Constitution – ce qui permet bien de garantir une certaine sécurité dans la sphère de l'action individuelle, mais en tenant à distance la notion de droits fondamentaux supra-positifs[26]. Mais en outre, ainsi que le souligne Peter Caldwell, cette théorie « laisse au législateur la plus large marge d'action possible, en permettant même des changements qualitatifs dans la forme de l'Etat » [27]. Car, selon Laband, « il est toujours possible de donner l'autorité formelle d'une disposition constitutionnelle à un article de loi qui ne fait pas partie de la Charte Constitutionnelle, en stipulant qu'elle ne peut être modifiée que par la voie imposée aux modifications de la Constitution »[28]. En d'autres termes, Laband admet qu'une disposition dérogeant à la Constitution puisse être valide alors même qu'elle ne fait pas l'objet d'un amendement exprès de la Constitution, à la condition que l'exigence de majorité requise par l'article 78 soit respectée. Cette technique dérogatoire va jouer un rôle important dans l'interprétation labandienne de la Constitution de 1871. Mais plus spécifiquement, elle détermine sa théorie des ordonnances qui lui permet d'un côté de justifier le transfert partiel des compétences législatives vers l'exécutif, et de l'autre de proposer une interprétation

[26] Ce volet caractéristique du positivisme légal trouve son expression dans le développement de la définition formelle de l'Etat de droit (*Rechtsstaat*), qui s'est construite au cours de la seconde moitié du XIXe en opposition avec la définition libérale issue de l'école kantienne. Cette dernière, défendue en particulier par le juriste allemand Robert von Mohl (1799-1875), admet l'existence d'un droit objectif supérieur et indépendant de l'Etat, de telle sorte que le *Rechtsstaat* a d'abord désigné l'Etat dont l'activité est limitée par les droits naturels des individus. Suite à l'échec de la révolution de 1848, cette définition matérielle de l'Etat de droit devient minoritaire et cède la place à une seconde définition, issue du positivisme d'Empire, d'après laquelle le *Rechtsstaat* n'est rien d'autre que l'Etat en tant qu'il est soumis au principe de légalité – c'est-à-dire où les organes de l'Etat ne peuvent agir qu'en vertu d'une habilitation juridique[26]. Pour une telle définition formelle du *Rechtsstaat*, dès lors qu'un organe de l'Etat agit en vertu d'une règle juridique, le cadre de l'Etat de droit est respecté – et ce, quel que soit le contenu matériel de ces règles. L'activité de l'Etat est donc bien soumise au cadre formel de la légalité, qui conduit à un processus de technicisation du droit et de bureaucratisation de l'Etat. Mais parce que le droit n'est que la stricte expression de la volonté de l'Etat, il ne trouve plus d'autre limite matérielle que celle que l'Etat lui-même accorde en vertu de la constitution. Le droit n'est plus l'instrument de limitation de l'exercice du pouvoir de l'Etat mais le moyen de son organisation rationnelle et toute référence aux buts de l'Etat se voit écartée. L'essentiel étant bien de produire une théorie du droit dépolitisée, contraire à la théorie libérale de l'Etat de droit et très favorable à la monarchie puis à l'empereur, ainsi que l'exprime nettement Friedrich Julius Stahl, qui fut l'un des auteurs de cette nouvelle définition de l'Etat de droit : « L'Etat doit être un Etat de droit, tel est le mot clef et, en vérité, cela correspond au besoin de développement des temps modernes. Il devra définir, de manière exactement conforme au droit, les voies et les limites de son efficacité ainsi que la sphère de liberté accordée à ses citoyens ; il devra les assurer de manière inébranlable ; il n'a pas à poursuivre le développement des idées morales…pour la raison d'Etat. Telle est la définition de la notion d'Etat de droit… ; elle ne signifie pas les objectifs et le contenu de l'Etat, mais plutôt une sorte de manière et de caractère pour le réaliser » : F. J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts II : Rechts-und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, 5e éd., Tübingen und Leipzig, 1878, p. 137 et ss. Cité dans Monhaupt, 1993, pp. 79-80. Sur l'évolution de la notion d'Etat de droit, on peut voir Jacques Chevallier, 2003 et 1988 ; Michel Troper, 1993 et 1992 ; Monhaupt, 1993, et Goyard-Fabre, 2004.

[27] Caldwell, 1997, p. 37. Nous traduisons.

[28] Laband, 1901, p. 360.

résolutoire au conflit qui oppose le Parlement au monarque prussien et à Bismarck au début des années 1860 – deux analyses qui marquent selon nous la structure même de la réflexion juridique portant sur les pouvoirs de crise après la guerre.

Tout d'abord, au moyen de sa définition formelle et matérielle de l'ordonnance, qui repose, nous l'avons vu, sur la thèse axiomatique de la loi comme expression de la volonté de l'Etat, Laband va justifier le possible transfert d'une partie des missions législatives vers l'exécutif.

En effet, en vertu de la Constitution, le pouvoir législatif est partagé par le Kaiser et le Parlement, de telle sorte que l'Exécutif ne semble absolument pas autorisé à commettre des actes à caractère législatif hors de tout accord avec l'Assemblée. Mais si le monarque ne peut fixer seul le contenu de la loi, conformément au principe de séparation des pouvoirs dans une monarchie constitutionnelle, qui l'oblige à le faire en accord avec l'Assemblée[29], en revanche, Laband souligne qu'au sein d'une monarchie constitutionnelle, il reçoit l'exclusivité du pouvoir d'intimer l'ordre d'obéir à la loi, c'est-à-dire le pouvoir de la promulguer en donnant à la règle sa force légale[30]– une tâche dans laquelle le Kaiser agit en « défenseur et gardien de la Constitution » (*Wächter und Hüter des Reichsverfassung*)[31]. Et, comme pour Laband, la « souveraineté de l'Etat ne s'affirme pas par la détermination du contenu de la loi, mais par la sanction de la loi (…) [seul] acte législatif au sens où il faut entendre ce mot si l'on se place au point de vue du droit public » [32], il n'existe aucun obstacle juridique à ce que le législateur transfère lui-même son pouvoir de produire le contenu de la loi à l'organe exécutif. Car, si la souveraineté de l'Etat ne réside à proprement parler que dans la sanction de la loi, il devient possible « que la fixation du contenu de la loi soit soumis à d'autres règles et confiée à d'autres agents que l'émission de l'ordre d'obéir à la loi »[33]. Autrement dit l'Assemblée ou la Constitution peuvent conférer à une autre autorité distincte du législateur le droit de produire une loi au sens matériel du terme:

[29] Laband, 1901, p. 266.
[30] Effectivement, bien que la définition de la loi au sens matériel se focalise sur le contenu de la loi, elle distingue néanmoins deux éléments caractéristiques du sens matériel de la loi : « la maxime de droit contenue dans la loi, et la sanction jointe à cette maxime ; en d'autres termes, le contenu de la loi et le commandement qui s'y ajoute. » : Laband, 1901, p. 264.
[31] Caldwell, 1997, p. 36.
[32] Laband, 1901, p. 267-268.
[33] Laband, 1901, p. 264.

> « Une loi, au sens matériel, peut émaner d'une autorité subalterne à laquelle la Constitution ou une loi spéciale confèrent le pouvoir de légiférer. »[34]

Par suite, Laband peut écarter la thèse d'après laquelle une ordonnance ne consiste jamais qu'en une disposition administrative et non législative. Certes, d'un point de vue matériel encore, une ordonnance est effectivement une simple disposition d'ordre administratif qui ne renferme pas un principe de droit. Mais au sens formel les ordonnances sont les dispositions qui peuvent se passer de l'assentiment de la représentation nationale, c'est-à-dire « les actes émanant de l'initiative de l'Etat, qui sont exécutés *par voie d'ordonnance* »[35]. Rien n'empêche donc qu'une ordonnance, lorsqu'elle est produite en vertu d'une délégation du législateur, créé la loi au sens matériel du terme.

Mais il y a plus. Car Laband soutient qu'un tel transfert du pouvoir de produire le contenu de la loi en vertu d'une habilitation n'est pas limité aux ordonnances d'exécution du droit : il peut également permettre à l'exécutif de « suspendre ou annuler des dispositions juridiques légalement sanctionnées »[36]. De telles ordonnances doivent certes être autorisées par une disposition constitutionnelle ou législative, car « toute ordonnance contenant des dispositions juridiques ne peut être valable que si elle est publiée en vertu d'une délégation spéciale de la loi de l'Empire »[37]. En outre, Laband souligne que de telles ordonnances ont une force de loi seulement provisoire :

> « Par les premières, la collaboration de représentation nationale à la législation serait ramenée, si elles étaient absolument valables, à une formalité sans valeur ; donc elles ne sont permises partout qu'à la condition formelle d'être sanctionnées par le Parlement à sa prochaine réunion ; leur autorité est formellement soumise à condition. »[38]

Reste que le législateur peut non seulement autoriser l'exécutif à produire des lois au sens matériel du terme en vue de permettre l'application de sa propre législation, mais il peut également autoriser l'exécutif à prendre des *ordonnances allant à l'encontre de lois antérieures qu'il a lui-même édictées*.

Bien des publicistes répugnent pourtant à admettre que la Constitution autorise de telles ordonnances juridiques reconnait le juriste ; mais, souligne-t-il, outre le fait que la

[34] Laband, 1901, p. 274.
[35] Laband, 1901, p. 381.
[36] Laband, 1901, p. 383.
[37] Laband, 1901, p. 405.
[38] Laband, 1901, p. 382-383.

Constitution soit muette à cet endroit, l'article LXVIII qui reconnait à l'empereur le droit de déclarer l'état de guerre lui permet également de modifier provisoirement la législation[39]. C'est pourquoi le juriste en conclut, non sans adopter une formulation quelque peu alambiquée :

> « En résumé, on peut établir, en toute assurance, que la Constitution ne confère à aucun organe de l'Empire un pouvoir général de publier des ordonnances destinées à compléter des lois ou à en régler l'exécution ; mais d'autre part, rien ne permet d'affirmer que cette Constitution ait interdit ou déclaré non valable la publication de dispositions juridiques par voie d'ordonnances. La législation ne connait pas de barrières qui l'empêchent de prendre des décisions tendant à faire établir des dispositions juridiques. (…) Donc, au lieu d'établir directement des règles de droit, une loi peut contenir des dispositions qui déterminent comment certaines règles de droit doivent être publiées. »[40]

L'objectif d'un tel dispositif théorique est assez clair : il s'agit de permettre au monarque de produire le *contenu* des lois sur délégation de l'Assemblée, alors que formellement, le droit légal ne peut naître que de l'assentiment de la représentation nationale. En d'autres termes, c'est toute l'armature des lois d'habilitations qui trouve ici ses sources.

Mais ensuite, ce dispositif conceptuel va trouver une application importante dans l'interprétation du conflit autour du vote du budget qui court au long des années 1860. Ce conflit se développe, on le sait, autour du refus opposé par le Parlement au monarque de voter la loi du budget militaire dont l'objectif vise à réformer l'armée. La Constitution prussienne, issue de la révolution manquée de 1848, laisse effectivement au roi le contrôle de l'armée et de l'administration, mais cède à l'Assemblée le pouvoir d'approuver les lois – en particulier, le budget présenté par le monarque chaque année. Et lorsqu'au début des années 1860 le monarque prussien Wilhelm I demande le vote d'un budget maqué par la forte hausse des dépenses militaires, l'Assemblée refuse[41]. Appelé par le roi de Prusse Guillaume Ier en 1862 au poste de *Ministerpräsident*, Bismarck impose la réforme, et, face aux protestations du Parlement, invoque « l'égalité des autorités législatives et (...) le silence de la Constitution en cas de désaccord entre les pouvoirs »[42]. Toute l'interprétation de Bismarck repose sur la thèse d'après laquelle le désaccord entre les deux autorités

---

[39] « Toutefois, l'article LXVIII conférant à l'Empereur le droit de déclarer l'état de guerre dans une partie du territoire de la Confédération, l'Empereur a la faculté de modifier provisoirement la législation conformément aux prescriptions de la loi prussienne du 4 juin 1851. » : Laband, 1901, p. 386.
[40] Laband, 1901, p. 404.
[41] *Cf.* Caldwell, 1997, pp. 17-19.
[42] Hummel, 2002, p. 245.

législatives (les Assemblées et le prince) témoigne d'une lacune de la Constitution. Mais parce que cette dernière met en jeu la sauvegarde de l'Etat, le gouvernement serait alors tenu d'assurer seul la sauvegarde de l'intérêt général de l'Etat :

> « En vertu d'un droit de légitime défense étatique (Staatsnotrecht), l'exécutif monarchique peut prendre une décision sans l'autorisation des deux autres volontés législatives. »[43]

Cette théorie des lacunes est exposée dans un article publié au sein d'un journal officiel, la *Sternzeitung* en 1862 et se développe autour de la thèse d'après laquelle lorsque la Constitution ne permet pas de résoudre une situation concrète, il est nécessaire de « remonter au droit public antérieur à la Constitution, c'est-à-dire au principe monarchique selon lequel le droit d'exprimer la volonté de l'Etat, d'exercer la puissance publique, appartient au roi et au roi seul »[44]. L'impossibilité de résoudre la crise dans le cadre fixé par le droit constitutionnel autoriserait donc l'exécutif à proclamer une situation d'urgence en vertu d'un droit supra constitutionnel et à agir hors du cadre fixé par le droit positif sans pourtant sortir de la légalité. L'épreuve de force qui oppose l'Assemblée et l'exécutif dure jusqu'en 1866. Elle s'achève après la guerre austro-prussienne par une claire victoire de l'exécutif. Néanmoins, en 1866, Bismarck engage Guillaume Ier dans la voie d'une reconnaissance du caractère extra légal, quoique légitime, des mesures prises, et dans la demande d'une validation *a posteriori* par l'assemblée des mesures gouvernementales[45]. La même année, l'Assemblée adopte la loi d'indemnité, reconnaissant ainsi la victoire politique de Bismarck tout en maintenant formellement son pouvoir.

Cette crise donne lieu à d'importantes réflexions doctrinales, parmi lesquelles s'impose celle de Laband, qui publie d'abord dans une importante revue juridique une interprétation exégétique et supposément non politique des normes constitutionnelles en vue de résoudre le conflit[46]. Au sein de l'article, Laband rejette expressément l'idée d'après laquelle l'Etat disposerait d'un droit à la légitime défense ou d'un droit à se préserver en situation de grave péril[47]. En outre, il écarte toute interprétation spéculative de la Constitution, et

---

[43] Hummel, 2002, p. 248.
[44] Hummel, 2002, p. 250.
[45] Hummel, 2002, p. 264.
[46] Paul Laband, *Lebenserinnerungen* (1918), reproduit dans *Abbandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen*, vol. I, Leipzig: Zentralantiquariat der DDR, 1980-83.
[47] La thèse d'après laquelle l'Etat disposerait d'un droit supra-constitutionnel à préserver sa propre existence se trouve chez Gerber ainsi que chez Jhering. Ainsi, pour Gerber : « The recognition of emergency powers contains the idea of the state's right of existence beyond its usual constitutional life, a right that appears in abnormal emergency circumstances » : Carl Friedrich Wilhelm von Gerber, *Grundzüge des Deutschen*

défend le principe d'une analyse rigoureusement scientifique des normes constitutionnelles à l'encontre de toute politisation du débat, dont il accuse implicitement l'Assemblée d'être la source. Néanmoins, au moyen de sa distinction de la loi au sens matériel et de la loi au sens formel, il offre une interprétation de la Constitution largement favorable aux intérêts du monarque dans la crise[48]. Peu après l'avènement de l'Empire, Laband publie son œuvre majeure, *Le droit public de l'Empire allemand* (1976 et 1882), où il produit une étude systématique de l'ordre juridique impérial, au sein de laquelle le conflit qui oppose l'exécutif et le législatif sur la question de la loi des finances fait l'objet d'un traitement spécifique, et où Laband évoque également la question des règlements de nécessité.

Tout d'abord, Laband admet que si les constitutions monarchiques pré-impériales disposent d'un article autorisant explicitement les ordonnances de nécessité, à l'instar de l'article LXIII de la Charte constitutionnelle, la Constitution impériale n'est pas, pour sa part, dotée d'un article équivalent[49]. En outre, l'article LXIX de la Constitution, qui dit que « le Budget de l'Empire sera fixé par une loi », impose que le budget ne puisse être établit qu'avec l'assentiment du Bundesrat et du Reichstag[50]. En revanche, Laband refuse qu'il puisse y avoir un blocage constitutionnel car à l'encontre de la thèse de Bismarck, Laband exclut qu'il puisse exister des lacunes dans la Constitution.

Sa théorie du droit repose effectivement sur la thèse axiomatique de l'absence de lacunes dans l'ordre du droit – ou sur l'affirmation de la complétude du système juridique. La tâche du juriste consiste donc à établir cette complétude au moyen de la construction juridique de la réalité sociale et de l'inscription du fait juridiquement qualifié dans le système du droit, en vertu d'une opération logique de subsomption[51]. Si Laband admet donc qu'il puisse y avoir des lacunes dans l'acte constitutionnel, il en refuse en revanche l'existence dans la Constitution, car « l'ordonnancement juridique, comme l'ordre de la nature, ne peut avoir de lacune ». Dans ce cadre, si Laband admet bien, ainsi que nous l'avons vu, que le budget

---

Staatsrechts, 42, note 2, 1880, 3e edition. De même, pour Jhering : « As the individual human being, so too the state has a right of necessity when its existence is threatened » : Rudolf von Jhering, *Der Zweck im Recht*, 330, 1923, 8e edition. Les deux citations sont tirées de Jacabs, 2005, note de bas de page, p. 468.

[48] *Cf.* Caldwell, 1997, pp. 19-21.

[49] Laband, 1900, p. 450-451.

[50] Comme le reconnait Laband : « les règles de droit constitutionnel relatives à la confection d'une loi d'Empire s'appliquent également à l'établissement formel du Budget de l'Empire ». Laband, 1904, p. 69.

[51] « Le rôle scientifique de la dogmatique, dans un droit positif déterminé consiste à analyser les formes juridiques, à ramener les notions particulières à des principes plus généraux et à déduire de ces principes les conséquences qu'ils impliquent. (…) Pour remplir cette tâche, il n'y a pas d'autre moyen que la logique ; rien ne peut ici la remplacer ; toutes les considérations historiques, politiques et philosophiques, si précieuses qu'elles puissent être en elles-mêmes sont sans importance pour la dogmatique d'un Droit concret et ne servent trop souvent qu'à voiler le manque de travail systématique. » : *Das Budgetsrecht nach des Bestimmungen der preussischen Verfassungsurkunde*, Berlin, 1861, cité in Beaud, in Schmitt (1928), 1993, p. 67.

soit nécessairement soumis au vote d'approbation du Bundesrat et du Reichstag en vertu de l'article LXIX de la Constitution, il exclut en revanche qu'il puisse y avoir une lacune constitutionnelle en cas de conflit entre l'exécutif et le législatif. C'est pourquoi il faut, selon Laband, examiner le vote du budget à la lumière d'une compréhension systématique de l'ordre juridique, où si le budget est nécessaire au maintien des institutions de l'Empire, son vote peut être tenu pour une « obligation de droit public » :

> « Si l'on s'en tient au principe supérieur du droit public constitutionnel, – à savoir que le droit actuellement existant et les institutions légales de l'Etat ne peuvent être modifiés que du consentement du souverain et de la représentation nationale, et non unilatéralement par l'un des deux organes, – la conséquence inévitable, est que le Reichstag ne saurait, à lui seul, supprimer ou suspendre les lois existantes en refusant les ressources nécessaires à leur exécution (…) De ce principe résulte la règle juridique que le droit du Reichstag de consentir les dépenses est limité et lié par les lois et les institutions existantes de l'Empire ; les dépenses qui sont nécessaires pour le maintien de ces institutions et l'exécution de ces lois ne peuvent être repoussée par lui. »[52]

Autrement dit, une étude systématique du droit, dégageant les principes supérieurs du droit public constitutionnel, est en mesure d'en déduire les effets qui s'appliquent en cas d'un conflit opposant le législatif à l'exécutif qui ne serait pas explicitement prévu par l'acte constitutionnel. Sur ce fondement, et en prenant appui sur sa distinction de la définition formelle de la loi et de la définition matérielle, Laband relativise le pouvoir détenu par le législatif de voter le budget :

> « Sans doute, au point de vue *formel*, toutes ces dépenses sont également soumises à l'autorisation du Reichstag, car la loi du budget, comme toute autre loi, ne peut contenir ni *mot*, ni *chiffre*, ni *rien* en général qui n'ait obtenu l'assentiment du Reichstag ; mais au point de vue matériel, cette autorisation n'est pas une véritable autorisation, puisque le Reichstag n'a pas le droit de la refuser. »[53]

Si le vote du Reichstag est donc bien impérativement requis par la Constitution, il faut néanmoins distinguer l'assentiment formellement requis du Reichstag du contenu matériel de la loi qui peut lui être imposé en vertu des principes les plus généraux qui fondent l'ordonnancement juridique. Le maintien des institutions de l'empire constituant l'un de

---

[52] Laband, 1904, pp. 21-282.
[53] Laband, 1904, p. 283.

ces principes fondamentaux, l'organe qui se prononce en sa faveur en situation de conflit opposant plusieurs organes doit donc l'emporter :

> « Pour l'établissement du budget, l'assentiment de la majorité du Bundesrat et du Reichstag est la condition à la fois nécessaire et suffisante. Toutefois, dans le cas où le budget modifierait, d'une manière médiate ou immédiate, les institutions existantes en ce qui concerne l'armée, la marine de guerre et les taxes indiquées à l'art. XXXV, ainsi que dans le cas où il en rendrait le maintien impossible, le président fédéral, en vertu de l'art. V al. 2 de la Constitution de l'Empire, a voix prépondérante au Bundesrat, lorsqu'il se prononce pour le maintien des institutions existantes, c'est-à-dire pour le rejet du budget présenté. »[54]

Autrement dit, l'articulation de sa théorie constructive de l'ordre juridique et de sa distinction de la forme et de la matière de la loi lui permet de fonder juridiquement les actes du gouvernement et de nier qu'il puisse y avoir une rupture de la légalité. Et Laband complète ensuite ce dispositif au moyen de sa théorie du consentement.

En effet, Laband distingue l'assentiment du Reichstag nécessaire ou plus exactement « inhérent à l'idée même de loi »[55], du consentement, qui consiste en une forme de validation ultérieure d'un acte du gouvernement. Le consentement peut être exigé préalablement par une loi, ou obtenu après coup. Dès lors, en se fondant sur une loi de l'Empire autorisant l'exécutif à émettre des ordonnances sous réserve de consentement, il est toujours possible pour l'exécutif de produire des ordonnances juridiques dans l'attente d'une « ratification » du Reichstag. Ce qui permet à Laband à la fois d'admettre l'inexistence d'un droit de nécessité explicitement formulé comme c'est le cas dans la Charte constitutionnelle prussienne, tout en soulignant néanmoins la multiplicité des instruments offerts par la cadre législatif lui-même pour justifier une délégation des pouvoirs législatifs (au sens matériel du terme) en situation de nécessité :

> « La Constitution de l'Empire ne connaît pas, il est vrai, ce qu'on appelle des "ordonnances de nécessité" comme celles que visent l'art. LXIII de la Charte constitutionnelle prussienne, article où se trouve cette clause : "ces ordonnances doivent être soumises à l'approbation des Chambres dès leur première réunion" ; mais une foule de lois de l'Empire délèguent à l'Empereur ou au Bundesrat un "pouvoir règlementaire" sous réserve de l'approbation ultérieure du Reichstag. »[56]

---

[54] Laband, 1904, p. 296.

[55] « Pour une loi, l'assentiment du Reichstag est une condition inhérente à l'idée même de loi ; si cette condition manque, la loi n'a pas été seulement édictée en violation du Droit public, ce n'est même pas une loi. » : Laband, 1900, p. 450.

[56] Laband, 1900, p. 453-454.

Ainsi, le raisonnement de Laband est à la fois complexe et ambigu. Car d'un côté, la conception rigoureusement formelle du droit retenue par le positivisme légal de Laband exclut tout droit de nécessité, conçu sous la forme d'un droit supra-positif de l'Etat à user des moyens nécessaires à sa sauvegarde[57]. Mais de l'autre côté, sa théorie de la complétude du droit ainsi que la distinction du sens formel et du sens matériel de la loi, permet au juriste de justifier à coup sûr les actes de l'exécutif en cas de conflit avec le législatif et de garantir la continuité juridique contre l'affirmation d'après laquelle il y aurait eu violation du droit[58].

---

[57] Ainsi, Laband souligne que la règle juridique d'après laquelle le droit du Reichstag de consentir les dépenses est limité et lié par les lois et les institutions existantes de l'Empire « n'est pas là une disposition exceptionnelle en faveur du budget militaire. » : Laband, 1904, p. 282.

[58] C'est pourquoi d'ailleurs la théorie de l'état de nécessité défendue par Jellinek, qui repose sur l'impossibilité de considérer le droit comme un système clos, doit être comprise comme un instrument de résistance libéral et favorable au Parlement, opposé à la théorie de Laband. Pour Jellinek en effet, la positivité du droit et par suite sa validité ne repose pas sur son seul caractère obligatoire mais sur la conviction que les individus ont de cette obligation (Jellinek, 1911, p. 504). Cet élément psychologique est à la source de l'importance normative du *fait*, puisque ce sont toujours des rapports réels d'ordre politique, considérés intérieurement comme obligatoires, que naissent les rapports juridiques. De là, par un processus psychologique mais aussi de rationalisation institutionnelle, ce qui n'est d'abord que du fait – autrement dit les rapports politiques – se transforme en droit, c'est-à-dire en normes juridiques (Jellinek, 1911, p. 535). En vertu de ce rapport originaire du droit au fait, Jellinek souligne l'impossibilité de considérer le droit comme un système clos auquel nul conflit ne serait susceptible d'échapper. Bien au contraire, l'Etat s'efforce en permanence de s'adapter à la réalité sociale qui lui donne son but propre, et empêche que l'activité étatique ne puisse être entièrement règlementée par le droit. En effet, comme en témoigne l'histoire des révolutions, le droit peut se retrouver impuissant en situation critique :
« Donc aucune loi ne saurait supprimer la possibilité de faits semblables, entièrement étrangers au droit, et même dans l'ordre juridique le plus développé et le plus parfait, il peut y avoir des lacunes constitutionnelles susceptibles d'être comblées en fait, si le cas se présente, par des facteurs de force. » : Jellinek, 1911, p. 538.
Les évènements peuvent donc *contraindre* le gouvernement à agir, lorsque le droit valide n'est pas à même de résoudre une situation de crise. Dès lors, dans une telle situation, ainsi lorsque le Parlement se refuse à voter la loi qui permet à l'exécutif d'agir, il existe deux options permettant de répondre à la pression du fait : il est possible que la Constitution autorise par avance l'exécutif à prendre des dispositions d'urgence qui sont normalement du pouvoir du Parlement. Dans ce cadre, les mesures prises par le gouvernement auront bien une valeur juridique. Mais il se peut également que la Constitution s'y soit refusée : « Si la Constitution refuse, en pareil cas, au gouvernement de suppléer la volonté du législateur, elle créé par là même une de ces situations qui doivent être évitées, dans lesquelles la réalité des forces naturelles de l'Etat tend à remplir la place laissée vacante par l'ordonnancement public. Le Gouvernement est alors contraint, par la force des circonstances, de pourvoir, sous sa responsabilité, à la nécessité, par tous les moyens qui sont à sa disposition, et il appartient alors aux chambres d'arranger les choses par ratification postérieure de l'atteinte portée au droit formel. » : *Gesetz und Verordnung,* 1887, p. 376. Cité par Duguit, 1905, pp. 749-750. Autrement dit, en situation de crise, lorsque la Constitution ne permet pas de régler la crise, l'exécutif peut prendre des mesures *sous sa propre responsabilité* : contre la théorie abusive des ordonnances de nécessité de Laband, Jellinek défend donc une *théorie politique de l'état de nécessité*. Par suite, Jellinek dénonce l'effort de reconstruction *a posteriori* de la continuité juridique dont témoigne la théorie de Laband, qui vise à masquer la violation du droit commise par l'exécutif : « Par un agréable euphémisme, on a invoqué, lors de transgressions éclatantes du droit politique établi, la nécessité supérieure et l'intérêt de l'Etat, ce qui n'est en réalité qu'une autre formule du principe : la force prime le droit. » : Jellinek, 1911, p. 538. Jellinek admet que la violation du droit par l'exécutif puisse être justifiable d'un point de vue politique ; mais rien ne peut effacer le fait même qu'il y a eu une violation du droit dont l'exécutif doit assumer les effets juridiques devant le législatif. L'objectif étant à la fois de maintenir le contrôle du Parlement et de garantir un principe

Mais il y a plus. Car ce formalisme juridique fonde une théorie générale des ordonnances, qui semble laisser un champ d'interprétation largement favorable aux manœuvres de l'exécutif. En ce sens, c'est moins la possibilité d'édicter des ordonnances en cas de nécessité qui fait question chez Laband, que la théorie générale des ordonnances. Car l'édiction des premières n'est effectivement permise, comme le souligne Lamarque, qu'à la condition d'être autorisée par une loi ou par la Constitution ainsi que d'être sanctionnée à la prochaine réunion du Parlement. La théorie générale est quant à elle fondée sur la distinction du sens formel et du sens matériel de la loi, et permet de « déléguer » le pouvoir législatif vers l'exécutif sans aucune violation du cadre légal[59].

Or, après l'avènement de la République, les positivistes maintiennent cette structure conceptuelle qui se fonde sur l'identification du droit et de la volonté étatique, en interprétant l'article 76 de la Constitution comme la source d'une habilitation illimitée pour le législateur de modifier la Constitution. Autrement dit, ainsi que le souligne Peter Caldwell :

> « In the positivist tradition, the sovereign was legally unlimited. Anschütz and Thoma took that principle to its logical conclusion in their analysis of the Weimar Constitution. Article 76 created rules for altering the constitution (…) »[60]

C'est également dans la continuité de l'interprétation labandienne que les juristes positivistes admettent très généralement la doctrine de la technique dérogatoire, qui permettra non seulement au législateur de « transférer » une partie de son pouvoir législatif, mais qui fondera également des habilitations permettant à l'exécutif de porter atteinte à des dispositions constitutionnelles elles-mêmes. Autrement dit, et comme Claude Klein l'exprime clairement, c'est dans la continuité conceptuelle qui lie le positivisme de la République au positivisme labandien, l'interprétation de l'article 76 à celle de l'article 78, que l'on trouve les sources de l'un des instruments majeurs de la dissolution du régime de Weimar :

> « C'est là l'essence de la technique dérogatoire dont on montrera qu'elle fit des ravages sous la République de Weimar et dont le rôle dans le passage au nazisme ne fut pas négligeable. »[61]

---

de limitation des pouvoirs exceptionnels en accordant un rôle central au caractère normatif du fait dans une optique beaucoup plus libérale.

[59] Lamarque, 1961, p. 567.

[60] Caldwell, 1997, p. 69. Nous revenons sur l'interprétation de l'article 76 plus loin dans notre thèse.

C'est pourquoi, si le positivisme doit posséder une certaine responsabilité dans le délitement ou la mise en échec de la Constitution, c'est d'abord dans cette identification fondamentale de la loi et de la volonté de l'Etat qu'elle semble résider, ainsi que l'esquisse Peter Caldwell.

Tel est le sens de la critique développée pour sa part très ouvertement par Peter Lindseth[62] qui, dans un article portant sur la question des lois d'habilitation, a retracé la genèse d'une conception formaliste et étatiste du droit qui a autorisé des « délégations » de plus en plus massives des compétences législatives vers l'exécutif, tenues en grande partie pour responsables de l'avènement du nazisme mais également du régime de Vichy.

Pour Peter Lindseth en effet, la distinction du sens formel et du sens matériel de la loi et de l'ordonnance opérée par Laband a permis de fonder juridiquement de telles « délégations » des compétences législatives :

> « The prevailing theory of legislation in the late-nineteenth-century Germany was highly formalistic, holding that only those normative acts in the form of a statute (*Gesetz*) were « legislation », whereas regulatory ordinances (*Verordnungen*) that gave substantive content to that legislation were not. Thus, although regulatory ordinances of the government established prospective rules of general application in the same manner as legislation classically conceived, they did not in fact involve a delegation of "legislative" power. »[63]

Certes, d'un point de vue formel, il n'y a précisément pas *délégation* du pouvoir législatif, comme le souligne Carré de Malberg : le monarque est seulement *habilité* par la représentation nationale à produire le contenu du droit, autrement dit à produire des lois au sens matériel du terme. Reste qu'au sens matériel de la loi, une telle loi d'habilitation consiste bien en un transfert du pouvoir de produire le contenu de la loi, comme le remarque encore le juriste français, auquel Peter Lindseth se réfère :

> « En effet, disent [ceux qui définissent la loi comme une règle de droit, autrement dit qui admettent un sens matériel], la règle de droit est, en principe, matière de loi, une matière qui relève du pouvoir législatif du Parlement ; pour que des décrets soient devenus capables d'édicter des règles de droit qui dépendent de la puissance législative, il faut donc supposer que leur auteur ait

[61] Klein, 1997, p. 138.
[62] *Cf.* Lindseth, 2004.
[63] Lindseth, 2004, p. 1365.

été investi de cette puissance même, tout au moins au point de vue de la compétence matérielle. »[64]

De telle sorte qu'il ne semble pas abusif, pour Peter Lindseth, de parler de *délégation du pouvoir législatif*, et le respect du cadre formel de la légalité aurait donc essentiellement permis de masquer l'absence de restriction en ce qui concerne de telles délégations vers l'exécutif :

« The formal emphasis on the necessity of an original legislative authorization, however, did not translate into a severe constraint on executive power, particularly after the founding of the imperial regime in1871. Rather, on the critically important question of the extent of permissible delegations, both political practice and legal theory favored open-ended transfers of authority. »[65]

Et parce que ce formalisme, qui écarte toute réserve substantielle, est lié avec la thèse étatiste d'après laquelle seule l'Etat, ou plus exactement, seul le législateur est source du droit, il n'existerait ensuite plus aucune limite opposable à ces transferts de compétences, radicalement antidémocratiques et contraires au sens même du parlementarisme :

« By the third and fourth decades of the twentieth century, the notion of parliamentary supremacy paradoxically provided the foundation, through its support for the extreme delegations, for the degeneration of the parliamentary system into dictatorship. »[66]

Autrement dit, pour Peter Lindseth, c'est la liaison que le positivisme d'Empire a effectué entre la suprématie du législateur et une théorie très formelle du droit qui a rendu possible le transfert plus ou moins intégral du pouvoir législatif vers l'exécutif, donnant ainsi naissance aux systèmes dictatoriaux. L'essentiel consistant bien, pour l'auteur de l'article, à dénoncer à la fois la suprématie du Parlement et l'absence de limites substantielles – qu'il s'agisse de limites substantielles constitutionnelles ou que l'on admette l'existence d'un droit supra-positif :

« Because the power of the legislature was in principle unlimited (in this respect, even in the German nineteenth-century, parliament was supreme), the legislature was entirely free to define the substantive content of legislatives rules directly in the statute itself or to authorize the

[64] Carré de Malberg (1931), 1984, p. 10.
[65] Lindseth, 2004, p. 1366. Sur cette tension, on peut voir Jouanjan, 2005, p. 222 et suivantes.
[66] Lindseth, 2004, p. 1344.

executive to do so by way of regulatory ordinance (…) The result was an extraordinary degree of autonomous regulatory power in the executive, in keeping the views of the conservative interests that dominated the imperial regime.»[67]

Néanmoins, ce transfert théorique des outils conceptuels labandien vers l'interprétation de la Constitution de Weimar ne s'effectue pas sans un déplacement considérable de son orientation politique, puisque c'est désormais au peuple qu'appartient effectivement la volonté étatique, comme l'exprime l'article 1er de la Constitution, d'après lequel « le pouvoir de l'Etat [*Staatsgewlt*] procède du peuple ». C'est pourquoi, ainsi que le souligne Renaud Baumert :

> « Cette théorie [positiviste], qui identifie le droit à la volonté étatique, peut être interprétée comme une transposition de la doctrine labandienne au système républicain de Weimar, le Parlement étant désormais chargé d'exprimer cette volonté en lieu et place du législateur impérial complexe. Si la doctrine de cette structure demeure inchangée, son application à un nouveau régime entraine un bouleversement de sa signification politique : elle tend désormais à justifier la prééminence d'un législateur démocratiquement élu. »[68]

Or, ce déplacement n'est pas sans conséquences essentielles concernant l'interprétation des lois d'habilitations. Car l'idée d'après laquelle l'édifice conceptuel positiviste ne laisse aucune garantie à la préservation des libertés individuelles et offre les outils de « délégations » de compétences législatives vers l'exécutif radicalement contraires à la représentation nationale, peut difficilement être interprétée de la même manière sous l'Empire et sous la République. Sous l'Empire, l'objectif politique d'une telle construction théorique vise à garantir la domination de l'exécutif sur le législatif conformément au poids politique réel des deux organes. En revanche, sous la République, il garantit la prééminence du Parlement. De telle sorte que derrière les attaques qui se multiplient à l'encontre du positivisme de la loi se dresse une évidente méfiance à l'égard du Parlement. Or, une telle analyse portant sur les dangers de l'absolutisme parlementaire n'est pas, ainsi que nous allons le voir, sans reproduire une argumentation déjà largement développée dans l'entre-deux guerres et qui articule *déjà* une critique antipositivisme à celle de la toute-puissance du Parlement dans la question des pouvoirs de crise[69]. C'est pourquoi la critique

[67] Lindseth, 2004, p. 1366.
[68] Baumert, 2009, p. 224.
[69] Sur la reprise de la critique antipositiviste de l'entre-deux guerres dans les attaques de l'après seconde guerre mondiale, *cf.* Paulson, 1994, pp. 313-359.

portant sur la responsabilité du formalisme positiviste dans la mise en échec de la Constitution vient précisément masquer ce conflit dont la nature politique est déterminante.

Nous voudrions donc dans notre première partie montrer d'abord comment les antagonismes théoriques qui se sont développés autour des pouvoirs de crise s'inscrivent dans un conflit plus large, qui se déploie autour de la question du parlementarisme, et participent de la crise du parlementarisme dominant en Europe. C'est pourquoi nous verrons qu'il se déploie aussi bien en France qu'en Allemagne, bien qu'il donne lieu dans la toute nouvelle République de Weimar à une radicalisation des positions théoriques.
Pour ce faire, nous prendrons tout d'abord appui, pour la France, sur trois auteurs majeurs, Hauriou, Duguit et Carré de Malberg, dont la position institutionnelle et les options théoriques permettent de dégager les grands axes de ce conflit. Pour ce qui concerne l'Allemagne ensuite, après avoir insisté sur l'importance du contexte politique dans lequel la théorie juridique émerge, nous dégagerons les deux principales positions doctrinales qui se sont mises en place sur la question des pouvoirs de crise autour d'un axe théorique opposant le positivisme au front antipositiviste, dans le but d'en dégager les enjeux politiques autour de la question du parlementarisme. Nous verrons enfin comment Schmitt a peu à peu radicalisé ses thèses, en modifiant la nature même de sa critique antiparlementaire.

Chapitre 1

Les pouvoirs exceptionnels dans la doctrine française de l'entre-deux guerres : l'état d'exception et la crise du parlementarisme en France

I. Les lois d'habilitation, la théorie des circonstances exceptionnelles et la question du parlementarisme

Bien que la Grande Guerre engendre un renouveau de la réflexion doctrinale française sur les pouvoirs exceptionnels, elle bénéficie néanmoins de réflexions juridiques antérieures portant notamment, à la lisière des XIX[e] et XX[e] siècles, sur la question des actes de gouvernement. Dans leur première formulation, ces derniers désignent les actes accomplis par le gouvernement en tant qu'organe politique, et qui sont susceptibles d'échapper à tout recours juridique pour des motifs de défense gouvernementale. Suivant la définition qu'en donne Dufour, l'un des premiers juristes à proposer une théorie sur la question :

> « Ce qui fait l'acte de gouvernement c'est le but que se propose son auteur. L'acte qui a pour but de défendre la société prise en elle-même, ou personnifiée dans le gouvernement contre ses ennemis intérieurs ou extérieurs avoués ou cachés, présents ou à venir, voilà l'acte de gouvernement. »[70]

L'acte de gouvernement se voit donc défini entièrement par son *but*, la défense de la société, dont on admet qu'il justifie que des actes soient accomplis hors de tout contrôle juridique. Les actes de gouvernement sont alors distingués des actes administratifs qui relèvent, pour leur part, de l'exécution de la loi et qui sont bien soumis à un possible recours. Duguit rappelle que cette théorie fut mise en application par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 9 mai 1867, à propos de la saisie des œuvres du duc d'Aumal par le préfet de police, lorsque le Conseil déclara le recours non recevable en raison du caractère politique et non administratif des actes visés[71].

---

[70] Dufour, *Traité général de droit administratif appliqué*, Paris, Cotillon, 2[e] édition, 1854-57, 8 Vol, t. IV, 1855, p. 601. Cité en note de bas de page dans Redor, 1992, p. 208.
[71] Duguit, 1930, pp. 737-743.

Dès la fin du XIXe siècle, cette théorie fait l'objet de critiques sévères au sein de la doctrine, en particulier chez Esmein[72] et, après la guerre, elle est à peu près unanime à rejeter la théorie[73]. L'ensemble des juristes français admet bien alors que l'on puisse distinguer le gouvernement de l'administration proprement dite, et ce parce que l'activité diplomatique, par exemple, ou certains actes du Président, comme la convocation de l'Assemblée, ne relèvent pas de l'exécution d'une loi antérieure, si l'on qualifie de loi la règle promulguée par l'Assemblée, et ne sont pas susceptibles de recours[74]. Mais la doctrine exclut très généralement d'admettre qu'une finalité politique puisse justifier des actes qui ne sont permis par aucune autorisation légale. Ainsi, pour Hauriou :

> « Si l'acte de gouvernement est celui qui assure le salut de l'unité politique, ou autrement dit celui qui suppose Raison d'Etat, ne faut-il pas aller jusqu'à dire que tout acte du pouvoir exécutif, s'il prend en fait une importance politique à raison des circonstances du moment, est acte de gouvernement ? Or, cette conséquence beaucoup trop dangereuse est aujourd'hui universellement condamnée. »[75]

Pour l'essentiel de la doctrine française après la guerre, aucun but politique ne peut prévaloir contre le respect de la légalité et l'absence de tout recours juridique possible contre de tels actes fait l'objet de critiques sévères. Non sans témoigner de la rivalité qui oppose la France à l'Allemagne, la doctrine allemande est le plus souvent dénoncée comme étant la source et le modèle de cette construction théorique inacceptable. Jellinek, qui défend la théorie des actes de gouvernement, est tout particulièrement la cible de ces critiques, qui dénoncent un retour pur et simple à la doctrine de la raison d'Etat, au sein de laquelle les fins de l'Etat s'imposent en dernière instance sur toute règle de droit. Comme le répète Duguit :

> « Il faut repousser, de toutes ses forces, la doctrine des actes de gouvernement, qui n'est qu'un retour à la doctrine néfaste de la raison d'Etat, au nom de laquelle ont été commis, au cours des siècles, et sont commis encore aujourd'hui, tant de crimes irrémissibles. »[76]

---

[72] *Cf.* Tingsten, (1930), 1934, p. 36.
[73] Et ce alors que les suites de la guerre conduisent le Conseil d'Etat à déclarer irrecevable le recours du contentieux contre un arrêté ministériel dans son arrêt Graty du 4 janvier 1918.
[74] Carré de Malberg, 1920, p. 525.
[75] Hauriou, 1907, p. 437.
[76] Duguit, 1930, p. 738. Cf. également Hauriou, Note sous CE *Gugel*, 30 juin 1893, *Sirey* 1895-3-41 ; Carré de Malberg, 1920, p. 530.

Et, en effet, la théorie des actes de gouvernement prétend soustraire certains actes gouvernementaux au contrôle juridique en raison d'un mobile politique, conformément à la notion de domaine de libre activité de l'autorité administrative développée par Jellinek[77]. Dans sa thèse de doctorat portant sur l'état de nécessité, Jean Raïcu voit même dans cette théorie *« une forme partielle et atténuée de* [la théorie du droit de nécessité] », soit de la théorie allemande du *Nothrecht,* qui *« place l'Etat plus haut que le droit »,* et à laquelle s'oppose, selon lui, l'ensemble de la doctrine française pour laquelle les actes de gouvernement ne sont jamais qu'une violation répétée du principe de légalité[78].

Ainsi, si la doctrine française hérite bien à la fois d'une réflexion antérieure portant sur les actes de gouvernement, d'une part, et de l'importante réflexion juridique menée en Allemagne sur les pouvoirs exceptionnels d'autre part, elle se construit d'abord sur le rejet de toute théorie politique des actes de gouvernement identifiée de manière générale aux théories allemandes – en particulier à celle de Jellinek – au nom du respect de la légalité et de la préservation de la République. De la sorte, il serait possible de voir dans cette évolution théorique l'effet normal du basculement du Second Empire vers la République : là où la doctrine des actes de gouvernement permettait de maintenir la domination de l'exécutif sur le législatif et où elle a pu apparaître d'abord en France comme un résidu de la période impériale, elle serait devenue peu à peu inacceptable avec l'installation

[77] En effet, conformément à sa thèse d'après laquelle le droit ne peut être considéré comme un système clos auquel nul conflit ne serait susceptible d'échapper, Jellinek distingue l'activité libre de l'Etat de son activité règlementée. Cette dernière tend, selon lui, à la réalisation d'une règle de droit tandis que la première n'est liée que par l'intérêt général, et anime l'ensemble de la vie de l'Etat en lui donnant son but propre (Jellinek, 1913, p. 327-328). Elle apparait d'après le juriste dans toutes les fonctions matérielles de l'Etat, en particulier dans la législation et la politique extérieure, et on en trouve l'expression explicite dans la distinction opérée par le droit français entre l'acte administratif, qui est un acte juridique d'exécution de la loi soumis à une responsabilité juridique, de l'acte de gouvernement, qui est un acte politique et n'est soumis à aucune responsabilité juridique (Jellinek, 1913, p. 330). Autrement dit, Jellinek admet bien une théorie des actes de gouvernement qui justifie d'un point de vue juridique que certains actes par leur nature politique soient soustraits à tout contrôle juridique.

Notons cependant que Jellinek n'admet pas que l'exécutif puisse, dans le cadre de son activité politique, accomplir n'importe quel acte illégal. Car, si les actes de gouvernement, tout comme l'activité de l'Etat en situation de crise, relèvent bien de la libre activité de l'Etat contraint de s'adapter aux réalités sociales existantes, elles sont néanmoins « soumis(es) (…) à la règle générale d'agir conformément au devoir moral qui incombe aux organes de l'Etat. » : Jellinek, 1911, p. 330. Une règle qui n'est pas un devoir moral privé s'imposant aux autorités mais qui dépend du substrat empirique qui donne ses buts à l'Etat, et qui fonde sa légitimité. En effet, Jellinek admet, à côté du concept juridique de l'Etat proche de celui de Laband, un concept social d'après lequel l'Etat « consiste dans les *rapports de volonté* d'une multitude d'hommes. » : Jellinek, 1911, p. 286. Par ce concept social de l'Etat, Jellinek entend poser des limites empiriques au droit qui dépendent de la situation sociale d'un peuple, au sens où « tout droit a, dans le fait même de l'existence de l'Etat, une limite infranchissable. » : Jellinek (1900), 2005, p. 538. C'est pourquoi tout acte de gouvernement, de même que les pouvoirs exceptionnels de l'exécutif, qu'ils soient légaux ou non, sont soumis à une finalité qui dépend d'un substrat empirique dont les autorités ne peuvent pas s'affranchir au risque de perdre la reconnaissance des consciences qui fonde la puissance juridique de l'Etat. Sur la théorie de l'autolimitation, *cf.* Jouanjan, 2005, pp. 322 et suivantes.

[78] Raïcu, 1933, p. 204-205.

progressive de la République[79]. En outre, et d'un point de vue juridique cette fois, l'influence du positivisme d'Empire et l'essor de l'idée de l'Etat de droit conçue formellement ne permettraient plus de justifier qu'un acte étatique soit commis sans aucun fondement juridique, c'est-à-dire sans fondement légal[80]. Or, nous voudrions montrer que si le principe de l'Etat de droit fait relativement l'unanimité, en revanche, la position des juristes à l'égard du parlementarisme absolu de la IIIe République est pour le moins conflictuelle. Cela nous invite dans un premier moment, avant d'examiner les positions théoriques adoptées par nos auteurs sur la question des pouvoirs de crise, à montrer en quoi les deux principales formes de règlementations exceptionnelles qui ont été utilisée pendant la guerre, et qui vont faire l'objet des controverses juridiques de l'après-guerre, mettent en jeu la question du pouvoir du Parlement.

En effet, parce qu'elle fut l'occasion d'un usage massif des pouvoirs de crise, la Grande Guerre donne le coup d'envoi d'un nouvel essor de la réflexion doctrinale sur cette question. Outre l'application de législations d'exception déjà existantes[81], le Parlement promulgue à plusieurs occasions des lois d'habilitation qui transfèrent certaines compétences législatives vers l'exécutif. C'est le cas dès le début de la guerre quand, suite à une convocation du gouvernement en session extraordinaire le 4 août, le Parlement vote une série de lois permettant à l'exécutif de prendre par décret des mesures de nécessité ; mais ces mesures ne peuvent alors porter que sur des questions précisées dans le texte de la loi, et les décrets doivent être ratifiés ultérieurement par le Parlement[82]. En revanche, en décembre 1916, le ministère Briand présente un projet de loi aux termes duquel le gouvernement devait recevoir les pleins pouvoirs sans guère admettre de limitation ni de contrôle, et qui n'exigeait nulle ratification ultérieure[83]. Après un débat houleux à

---

[79] L'idée d'après laquelle le droit de nécessité est l'un des instruments de l'absolutisme princier au XIX[e] siècle est très nettement défendue par J. Lamarque, qui veut montrer les sources autoritaires de l'article 16 de la Constitution, par opposition à la tradition juridique française qui soumet inconditionnellement les actes du gouvernement au contrôle juridique. Sous cet angle, la théorie des actes de gouvernement s'inscrirait logiquement dans la tradition autoritaire. *Cf.* Lamarque, 1961, p. 577.

[80] Ainsi, J. Chevallier souligne l'essor d'une conception formaliste de l'Etat de droit dans la doctrine française à partir du début du XX[e] siècle, dont elle emprunte les grandes lignes à la théorie allemande : « En France comme en Allemagne, l'Etat de droit est conçu, au début du XX[e] siècle, comme un type particulier d'Etat, soumis à un "régime de droit" : dans un tel Etat, le pouvoir ne peut user que des moyens autorisés par l'ordre juridique en vigueur, tandis que les individus disposent de voies de recours juridictionnelles contre les abus qu'il est susceptible de commettre. » : Chevallier, 2003, pp. 13-14.

[81] C'est le cas en particulier de la loi du 3 avril 1878 sur l'état de siège déclaré par le président Poincaré sur tout le territoire le 2 août 1914. L'état de siège ne sera pas levé avant le 12 octobre 1919.

[82] *Journal officiel de la République française*, Lois et Décrets, 6 août 1914, p. 7126 et p. 7128.

[83] Le projet fut rédigé de la façon suivante : « Jusqu'à la cessation des hostilités, le Gouvernement est autorisé à prendre, par décrets rendus en Conseil des ministres, toutes mesures qui, par addition ou

l'Assemblée, le projet de loi est renvoyé devant une commission spéciale qui affirme son caractère inconstitutionnel ainsi que son incompatibilité avec le régime parlementaire[84]. Par la suite, seules des lois permettant à l'exécutif de prendre des mesures de nécessité sur des questions spéciales seront promulguées, quoique de manière répétée durant tout le conflit. La fin de la guerre amplifie cependant l'extension des mesures autorisées, et la loi du 10 février 1918 accorde un pouvoir quasiment illimité au gouvernement de régler par décrets la production et le commerce des denrées alimentaires[85]. En outre, ces lois d'habilitation ne se sont pas seulement développées durant la guerre, mais également, sous une forme bien plus étendue encore, durant l'entre-deux-guerres. C'est ce dont témoigne en particulier la loi du 22 mars 1924 destinée à répondre à la situation de crise que traverse alors la France. En effet, suite à la requête du gouvernement Poincaré, l'assemblée accorde les pleins pouvoirs à l'exécutif pour redresser la situation financière de la France par la loi du 22 mars 1924[86]. Par cette loi, le gouvernement est autorisé à modifier ou abroger par décret des dispositions législatives, bien que de tels décrets doivent être soumis à une ratification dans un délai de six mois. Le débat parlementaire fut extrêmement tendu, mais la loi finit par être adoptée, non sans que le problème de la constitutionnalité de la loi ainsi que celui de sa compatibilité avec le principe parlementaire ne soit préalablement posé. Sur ce second point, les orateurs de gauche Herriot et Paul-Boncour dénoncent très radicalement le projet de loi, dont l'adoption devait entraîner à leurs yeux une forme de « dictature gouvernementale », provisoire certes, mais néanmoins contraire au

---

dérogation aux lois en vigueur, seront commandées par les nécessités de la Défense nationale, notamment en ce qui concerne la production agricole et industrielle, l'outillage des ports, les transports, le ravitaillement, l'hygiène et la santé publique, le recrutement de la main-d'œuvre, la vente et la répartition des denrées et produits, leur consommation. Au cas où l'un de ces décrets nécessiterait une ouverture de crédits, la demande serait déposée dans la huitaine. Il pourrait être appliqué à chacun de ces décrets des pénalités à fixer dans les limites qui ne dépasseront pas six mois d'emprisonnement et 18 000 francs d'amende. » Cité dans Tingsten (1930), 1934, p. 19. Ainsi que le remarque Tingsten, les termes du projet sont suffisamment ambigus pour permettre au gouvernement d'étendre le champ de son pouvoir règlementaire bien au-delà des matières énumérées : « Selon les termes du projet, ce plein pouvoir gouvernemental ne serait pas limité à un domaine déterminé, bien qu'il vise "notamment" certaines questions nommément désignées ; au cours de la discussion cependant, le Président du Conseil déclara que le mot "notamment" avait été inséré par erreur dans le projet définitif et que celui-ci n'avait pour objet que d'accorder au gouvernement certaines attributions dans les domaines législatifs, à la vérité assez étendus, qui avaient été spécifiés. » : Tingsten (1930), 1934, p. 20. On ne peut guère mieux souligner à la fois l'ambiguïté du texte ainsi que des intentions de leurs auteurs.

[84] Tingsten (1930), 1934, p. 21.

[85] Loi et décrets, 12 février 1918, p. 1515.

[86] La loi fut votée sous les termes suivants : « Des réductions dont le total ne devra pas être inférieur à 1 milliard de francs seront effectuées en 1924 sur les dépenses de l'Etat. Le gouvernement est autorisé, pendant les quatre mois qui suivront la promulgation de la présente loi, à procéder pas des décrets rendus en Conseil d'Etat, après avoir été approuvés en conseil des ministres, à toutes les réformes et simplifications administratives que comportera la réalisation de ces économies. Lorsque les mesures ainsi prises auront nécessité des modifications aux lois en vigueur, les décrets seront soumis à la sanction législative dans un délai de six mois. » Cité dans Tingsten (1930), 1934, p. 23-24.

parlementarisme. Ainsi, Herriot admoneste le président du conseil en lui demandant : « Qui nous dit que demain un autre gouvernement que le vôtre n'usera pas de ces pouvoirs contre la République ? »[87] Et Paul-Boncour, dans un discours non dénué d'un certain prophétisme, met en garde le gouvernement :

> « En d'autres circonstances, avant la guerre, cela n'eut peut-être pas eu de grandes conséquences. Aujourd'hui, étant donné l'atmosphère antiparlementaire qui se manifeste dans tant de milieux, dans tant de pays, je dis que vous portez au régime parlementaire un coup très rude, non pas, peut-être, par ce que vous ferez, mais par le prétexte mortel que vous allez donner aux ennemis du régime parlementaire. »[88]

Le cœur des controverses juridiques portant sur ces lois d'habilitation va porter sur la question de leur constitutionnalité. Car les pouvoirs auxquels le gouvernement prétend ne peuvent être comparés aux pouvoirs réglementaires qui lui avaient été accordés antérieurement en raison de l'extension de ces pouvoirs, et surtout du fait que le gouvernement obtenait le pouvoir de *modifier* des lois antérieures.

La position adoptée par Poincaré pour défendre son projet de loi repose sur une théorie du pouvoir règlementaire dominante avant la guerre, qui consiste à distinguer les décrets ordinaires et les règlements d'administration publique[89]. Selon cette théorie, les décrets ordinaires sont directement issus de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 qui donne au président la mission de surveiller et assurer l'exécution des lois, dont se déduit le droit de compléter des lois par décrets dans le strict objectif d'assurer cette mission : les règlements ordinaires sont donc de simples décrets d'exécution des lois[90]. En revanche, au moyen d'une loi, le Parlement peut également investir le Président de certaines attributions législatives, en l'autorisant à émettre des règlements d'administration publique qui excèdent les compétences constitutionnelles présidentielles. Au tout début du siècle encore, la doctrine admet que de telles compétences législatives étant pleinement

---

[87] Cité dans Lafaille, 2008, p. 746. Herriot s'est opposé avec une belle constance à de telles lois d'habilitation sous la III[e] République, comme en témoigne en particulier son action d'éclat du 17 juillet 1926, où, alors qu'il est président de la Chambre des députés, il quitte le perchoir en opposition à la délégation législative demandée par le gouvernement Briand-Caillaux. Néanmoins, le même Herriot a, alors qu'il était membre du gouvernement Flandin, soutenu la requête du gouvernement demandant de tels pouvoirs en 1935. *Cf.* Lafaille, 208, p. 746.

[88] Cité dans Tingsten (1930), 1934, p. 29.

[89] Sur cette question, cf. Tingsten (1930), 1934, p. 33-34.

[90] *Cf.* loi du 25 février relative à l'organisation des pouvoirs publics, article 3 : « Le président de la République a l'initiative des lois, concurremment avec les membres des deux Chambres. Il promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux Chambres ; il en surveille et en assure l'exécution. »

déléguées par le Parlement, les décrets que l'Exécutif produit ensuite sur leur fondement sont inaccessibles à tout recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat :

> « Le chef de l'Etat agissant, par suite d'une délégation du parlement, comme investi par plein pouvoir d'une compétence législative, ses décrets devaient être considérés comme ayant force de loi et ne pouvaient donc, pas plus qu'une loi votée par le parlement, être annulés par le Conseil d'Etat »[91].

L'arrêt du Conseil d'Etat de 1907 marque la fin d'une telle interprétation en prononçant l'annulation d'un règlement d'administration publique[92] : désormais, il est admis par l'ensemble de la doctrine que le Conseil d'Etat détient le pouvoir de contrôler ces « délégations ». C'est pourquoi, à l'encontre, la doctrine française dominante de la fin du XIXe siècle, la thèse d'après laquelle des lois d'habilitation ne permettent pas un *transfert* du pouvoir législatif vers l'exécutif fait alors l'objet d'un relatif consensus. Mais, sur le fond, l'arrêt se prononce exclusivement sur la question de savoir si le règlement a outrepassé les prescriptions de la loi, de telle sorte que la question demeure ouverte de savoir si le législateur peut habiliter l'exécutif à produire des règlements sur toutes matières, ou si, au contraire, il existe des matières réservées à la loi. Autrement dit, la question porte sur les limites matérielles apportées à de telles « délégations »[93]. Or, cette question met en jeu les rapports de la loi et du règlement et, par suite, ceux du législatif et de l'exécutif, ainsi que le souligne Tingsten :

> «De notre point de vue, il importe avant tout de préciser les rapports entre la loi et le règlement d'exécution. La subordination du décret par rapport à la loi implique-t-elle simplement que tout décret par rapport à la loi doit s'appuyer sur une loi, et l'autorité législative peut-elle ainsi habiliter l'exécutif à donner par voie de décret n'importe quelle règle, dans les limites établies par les autres dispositions constitutionnelles ? Ou bien peut-on en réalité déduire sur ce point des dispositions constitutionnelles une ligne de démarcation entre la loi et le décret, de sorte que certaines règles doivent être données sous forme de loi ? »[94]

[91] Tingsten (1930), 1934, p. 34.
[92] Par son arrêt du 6 décembre 1907 concernant l'affaire de la Compagnie des chemins de fer, le Conseil d'Etat reconnaît qu'un règlement peut faire l'objet d'un recours, en particulier pour excès de pouvoir. Carré de Malberg, 1920, p. 631.
[93] Nous ne conservons donc la notion de délégation que par commodité, tout comme le fait Duguit, mais sous les réserves générales émises par la doctrine à l'époque.
[94] Tingsten (1930), 1934, p. 9.

Et, de fait, le système parlementaire de la IIIe République est bien soumis à quelques tensions. Car, en vertu même de la suprématie peu à peu gagnée du Parlement, que certains juristes, dont Carré de Malberg, justifient par sa position de représentant de la volonté générale dans la plus grande tradition révolutionnaire, le Parlement semble d'un côté le seul maître du contenu de ses lois, et par suite de ses habilitations. Et sous cet angle, il serait même possible d'interpréter l'effort du Parlement visant à limiter les multiples lois d'habilitation à des questions précises comme le signe d'un réel contrôle par l'Assemblée des lois d'habilitation et, plus généralement, de l'usage des pleins pouvoirs. C'est le cas en particulier de Rossiter, pour lequel la France a témoigné d'une véritable capacité à répondre à la situation de guerre en préservant le système parlementaire :

> « This is the lesson of World War France, a country where, in the midst of a great struggle for national survival, the legislature was neither effaced from governmental scene nor even forced into a position of secondary importance, as had been expected by the majority of the prewar publicist.»[95]

Mais d'un autre côté, parce que de telles habilitations brouillent la frontière qui sépare la loi du règlement comme le souligne Tingsten, elles pourraient apparaître comme contraires à l'essence même du parlementarisme. Or, nous verrons que si des figures dominantes de la doctrine s'opposent à ce que les lois d'habilitations soient illimitées matériellement, c'est au nom du principe libéral de la séparation des pouvoirs et de la définition matérielle de la loi, dans l'optique de contrer le pouvoir illimité du Parlement. C'est pourquoi la question des lois de pleins pouvoirs est au cœur de la crise du parlementarisme.

Mais, en outre, l'usage des pouvoirs exceptionnels durant la guerre ne s'est pas limité à l'application de législations d'exception ainsi qu'à la promulgation de lois d'habilitation. En effet, durant le conflit, le Gouvernement prend également des décrets sans habilitation législative et hors de toute attribution constitutionnelle. Ces décrets ont ensuite fait pour la plupart l'objet d'une validation ultérieure du Parlement[96], mais certains d'entre eux n'ont cependant pas reçu cette validation ultérieure, ce qui fut en particulier le cas du décret, célèbre désormais, du 10 septembre 1914 qui suspend l'application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 ordonnant la communication aux agents publics de leur dossier avant

---

[95] Rossiter (1948), 2009, p. 105.
[96] En particulier par les lois de validation des 17 mars, 29 mars et 30 mars 1915 et 28 septembre 1916.

toute sanction disciplinaire[97]. Mais, alors que la Cour de cassation déclare le décret illégal, le Conseil d'Etat reconnaît la légalité des mesures prises en raison des circonstances exceptionnelles, en interprétant de manière extensive certains articles constitutionnels et la loi sur l'état de siège. La Cour de cassation s'incline, donnant naissance à la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles selon laquelle une décision administrative violant une norme juridique supérieure, mais reconnue par un juge comme nécessaire en raison de circonstances exceptionnelles, recouvre sa légalité[98].

Or, parce qu'elle justifie potentiellement la validation de règlementations prises en désaccord complet avec le Parlement, qui non seulement n'a pas habilité l'exécutif à prendre les mesures mais en outre ne les valide pas *a posteriori*, la théorie des circonstances exceptionnelles met une fois encore le pouvoir et le rôle du Parlement au cœur des débats doctrinaux qui vont se développer sur la question. De telle sorte que dans le cas des lois de pleins pouvoirs comme dans le cas des règlements de nécessité validés en vertu de la théorie des circonstances exceptionnelles, c'est bien le parlementarisme qui est en jeu. Ce qui justifie selon nous que l'on ne puisse isoler, dans le cadre d'une réflexion portant sur l'état d'exception, les lois d'habilitation de la théorie des circonstances exceptionnelles ou de l'état de nécessité en droit constitutionnel.

Nous voudrions donc, dans ce qui suit, examiner les positions doctrinales de Maurice Hauriou, Léon Duguit, et Raymond Carré de Malberg sur la question des pouvoirs exceptionnels, dans l'objectif de saisir les enjeux stratégiques du conflit qui les oppose. Le choix de ces trois juristes est sans doute réducteur puisqu'il conduit à écarter d'autres auteurs également représentatifs des positions doctrinales adoptées à l'époque, qui ne seront mentionnés qu'à l'occasion et sans exhaustivité. Néanmoins, par leurs options théoriques et leur position institutionnelle, ces auteurs sont représentatifs, selon nous, des enjeux du conflit théorique qui se joue autour des pouvoirs exceptionnels – qui ne sont d'ailleurs pas théorisés de manière systématique sous la forme d'une question unique.

[97] La loi du 30 avril 1915 ne valide pas le décret du 10 sans doute par une erreur du scribe, selon Hauriou. Hauriou, 1929b, p. 80.

[98] Par la suite, la légalité de telles mesures administratives a été reconnue par le juge non seulement pour des situations de guerre, mais également de troubles et de catastrophe naturelle.

II. Hauriou et le droit de légitime défense de l'Etat

Outre sa stature institutionnelle dominante ainsi que son rôle dans la fondation du droit public général et du droit administratif français qui justifient pleinement d'y prêter attention, les thèses de Maurice Hauriou[99] constituent l'une des principales orientations théoriques qui se sont développées après la guerre autour de la question des pouvoirs exceptionnels ; c'est pourquoi c'est d'abord par l'examen de sa théorie que nous avons cherché à saisir les enjeux du conflit doctrinal qui s'est développé durant l'entre-deux-guerres autour de notre question. Celle-ci se développe à la fois dans sa réflexion sur les actes de gouvernement, dans son commentaire des décisions rendues par le Conseil d'Etat qui donne naissance à la doctrine des circonstances exceptionnelles, et dans sa théorie portant de manière générale sur le droit de suspendre la loi en situation exceptionnelle, qui s'expose dans ses traités de droit constitutionnel, et qui sera complétée de sa réflexion menée sur les lois d'habilitation, en vue de saisir de manière systématique les enjeux stratégiques poursuivis par le juriste sur une thématique dont nous reconstruisons l'unité.

Il avait été noté précédemment le rejet assez unanime par la doctrine de l'après-guerre de l'ancienne théorie des actes de gouvernement. Comme l'ensemble de la doctrine, Hauriou écarte toute théorie politique des actes gouvernementaux qui fait prévaloir un but politique sur le respect de la légalité et qui soumet dangereusement les individus à l'arbitraire politique[100]. Néanmoins, le juriste n'abandonne pas la notion d'acte de gouvernement, qui continue de désigner des actes qui échappent à tout recours juridique en vertu d'une décision juridictionnelle[101]. Mais le juriste prétend construire une définition pleinement juridique de ces actes, en prenant appui sur la distinction de la fonction gouvernementale et de la fonction administrative du gouvernement :

[99] Maurice Hauriou (1856-1929), jurisconsulte et sociologue, fut maître de l'école dite de Toulouse. Docteur et agrégé en droit, il enseigne à partir de 1883 à la faculté de droit de Toulouse, dont il fut le doyen du 1er novembre 1906 au 31 août 1926, et où il enseigne jusqu'à sa mort, le 11 mars 1929. Il développe une œuvre importante en droit public, dominée par sa « théorie de l'institution », ainsi qu'un commentaire suivi des décisions des autorités administratives.
[100] Hauriou, 1907, p. 437.
[101] « Il y a des actes qui, accomplis par des autorités administratives dans l'exercice de leurs fonctions exécutives, ne sont cependant pas des actes d'administration et contre lesquels le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable. » : Hauriou, 1907, p. 434.

« Il y a bien un pouvoir gouvernemental distinct du pouvoir administratif, et cette distinction se ramène à une indépendance véritablement constitutionnelle du gouvernement vis-à-vis de la juridiction administrative. Le caractère intangible des actes de gouvernement n'est donc plus fondé sur la Raison d'Etat, qui suppose antagonisme de l'Etat et du particulier ; elle est fondée sur la raison constitutionnelle, c'est-à-dire sur l'antagonisme des différents pouvoirs de l'Etat lui-même. »[102]

Autrement dit, c'est la distinction *constitutionnelle* de la fonction gouvernementale et de la fonction administrative qui justifie que certains actes du gouvernement accomplis en tant qu'organe politique échappent à tout contrôle juridique, et non l'objectif politique de l'acte. Il s'agit donc d'une théorie *juridique* des actes gouvernementaux, qui se voit d'ailleurs confirmée par l'effort du juriste visant à procéder à une énumération stricte des actes de gouvernement – énumération déjà globalement arrêtée par la jurisprudence elle-même, mais dont le Tribunal des conflits devrait être chargé selon lui. Et, sous cet angle, la notion d'acte de gouvernement reçoit bien, comme le souligne Duguit[103], une définition *formelle* puisque « l'acte de gouvernement est celui qui figure dans une certaine énumération d'actes politiques dressés par la jurisprudence administrative sous l'autorité du tribunal des conflits »[104].

Néanmoins, Duguit observe que la liste de ces actes politiques répond encore à un critère matériel. Cette liste comprend, en effet, les actes relatifs au rapport du gouvernement avec les chambres, les décrets établissant l'état de siège, les décrets rendus en matière de police sanitaire, les actes relatifs aux relations diplomatiques, les actes relatifs à la sûreté intérieure et extérieure de l'Etat, les faits de guerre, les décrets de grâce, et les arrêtés des gouverneurs des colonies modifiant la situation légale des territoires coloniaux[105]. Une énumération qui laisse apparaitre que c'est bien la *matière spéciale* des actes de gouvernement qui a permis de dresser cette liste, qui « répond à cette idée juste, à savoir qu'il y a des nécessités politiques qui s'imposent à l'Etat lui-même et sur lesquelles il ne doit pas être contraint de s'expliquer »[106]. De telle sorte que, en dépit du combat mené par Hauriou à l'encontre de la théorie politique des actes de gouvernement au nom du strict respect de la légalité, il n'en adopte pas moins certains de ses éléments caractéristiques.

[102] Hauriou, note sous CE Gugel, 30 juin 1893, Sirey 1895-3-41. Cité dans Redor, 1992, p. 210.
[103] Duguit, 1923, p. 689.
[104] Hauriou, 1907, p. 437.
[105] Hauriou, 1907, pp. 438-439.
[106] Hauriou, 1907, p. 440.

Une apparente tension qu'il est nécessaire d'éclairer à la lumière de la théorie générale de l'Etat défendue par le juriste.

En effet, la théorie juridique de Hauriou procède d'une double axiomatique. D'une part, et bien qu'il admette une *méthode* positiviste, Hauriou reconnaît à l'encontre des thèses positivistes l'existence d'un droit naturel universel et immuable. Mais, d'autre part, Hauriou défend une théorie de la souveraineté politique conçue comme souveraineté de sujétion, et non de délégation. Pour Hauriou, tout groupement humain exige un pouvoir chargé d'assurer l'ordre social, c'est pourquoi le pouvoir doit être tenu pour une donnée naturelle que le gouvernement détient en propre, et non par délégation de l'Assemblée[107] :

> « La fonction exécutive, le régime parlementaire a recouvert d'un voile, est en réalité la plus ancienne ; elle s'analyse en l'action directe avec coercition et contrainte. Tous les procédés d'action directe qu'un gouvernement peut employer pour assurer l'existence du groupe et sa propre existence relèvent de la fonction exécutive. Cela ne consiste donc pas exclusivement dans l'exécution de la loi… »[108]

Loin de pouvoir être réduit à une simple fonction d'exécution des lois qui le soumet au législatif, l'exécutif possède donc une autonomie à l'égard des Assemblées et une supériorité garante à la fois de l'action efficace de l'Etat et de son unité. C'est pourquoi le juriste se refuse à identifier le gouvernement et l'administration dont les fonctions diffèrent essentiellement selon lui, puisque « le Gouvernement a pour fonction d'assurer le salut de l'unité politique, tandis que l'Administration a pour fonction d'exécuter les services publics »[109]. De manière plus générale, Hauriou remet en cause le principe même de la prééminence du législatif sur l'exécutif au nom d'une valorisation du pouvoir de délibération comme « forme de discussion dont est censée jaillir la lumière »[110]. Pour Hauriou, «gouverner c'est agir, et non pas délibérer »[111], de telle sorte que, même au sein du processus d'élaboration de la volonté de l'Etat, le juriste accorde à l'exécutif l'origine des lois, tandis que le Parlement ne reçoit qu'un pouvoir secondaire de délibération, et que le peuple reçoit un rôle passif de consentement au moyen du pouvoir de suffrage.

Il faut donc interpréter la théorie des actes de gouvernement dans le cadre de cet effort visant *à garantir l'autonomie de l'exécutif à l'égard du législatif tout en maintenant par*

---

[107] *Cf*. Hauriou, 1930, p. 12.

[108] Hauriou, *Précis de droit public*, 1910, p. 448, cité dans Pisier-Kouchner, 1972, p. 178.

[109] Hauriou, 1907, p. 436.

[110] Hauriou, 1929a, p. 471-73. Cette argumentation est largement reprise à son compte par Schmitt, qui affirme à plusieurs reprises sa proximité avec les thèses de Hauriou.

[111] Hauriou, 1929a, p. 473.

ailleurs le principe d'un contrôle juridique du juge sur tous les actes administratifs[112]. Car sans doute, Hauriou conteste-t-il la généralisation abusive d'une telle exemption du contrôle juridique à des actes administratifs, caractéristique de l'ancienne doctrine. Et c'est au juge qu'il revient de décider de soustraire l'exécutif de son contrôle, par une sorte de compromis entre le gouvernement et la juridiction du Conseil d'Etat qui autorise provisoirement une rupture de la légalité[113]. Mais si Hauriou rejette bien l'ancienne théorie politique des actes de gouvernement qui introduit au cœur de l'Etat de droit un élément d'arbitraire politique, il fait néanmoins de la notion remaniée de l'acte de gouvernement l'instrument d'une certaine autonomie de l'exécutif à l'égard du législatif. Et nous allons voir dans ce qui suit que c'est cette même conception générale de l'Etat et du droit qui détermine également sa position concernant les règlements commis par l'exécutif sans autorisation législative durant la guerre, ainsi que sur les lois d'habilitation.

Concernant le premier point d'abord, Hauriou développe sa thèse en particulier dans sa note d'arrêt du Conseil d'Etat du 28 juin 1918 concernant l'affaire Heyriès. Hauriou souligne l'importance de la décision prise par le Conseil d'Etat, « l'une des plus riches en substance politique et gouvernementale qui aient été rendues depuis longtemps »[114]. Pour rejeter la requête de Heyriès et justifier la suspension d'un article de loi (l'article 65 de la loi du 22 avril 1905) par un décret (celui du 10 septembre 1914), le Conseil d'Etat s'est fondé sur une interprétation très large de l'article 3 de la Loi constitutionnelle du 25 février 1875, d'après laquelle le président « surveille et assure l'exécution [des lois] ». Le Conseil d'Etat déclare en effet qu'« il incombe [au président de la république] de veiller à ce qu'à toute époque les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche… qu'à raison des conditions dans lesquelles s'exerçaient en fait à cette époque les pouvoirs publics, il avait mission d'édicter lui-même les mesures indispensables pour l'exécution des services publiques placés sous son autorité »[115]. Une telle décision n'est pas sans

---

[112] C'est pourquoi, tout en nous accordant avec la thèse générale d'E. Pisier-Kouchner, il nous semble cependant qu'il faut inverser l'idée selon laquelle la distinction admise par Hauriou entre fonction administrative et fonction gouvernementale « pendant un temps au moins, n'a d'autre but, dans l'esprit d'Hauriou, que de justifier la théorie de l'acte de gouvernement ». Il nous semble plutôt que la théorie des actes de gouvernement a pour but d'assurer un domaine d'autonomie de l'exécutif à l'égard du législatif, et donc de distinguer la fonction administrative de la fonction gouvernementale. Pisier-Kouchner, 1972, p. 180.

[113] « *La théorie des actes de Gouvernement est le résultat d'un compromis. On a mis provisoirement certains actes hors de la légalité ; moyennant ce sacrifice, tous les autres actes pourront être soumis progressivement à la légalité.* » Hauriou, 1907, p. 440.

[114] Hauriou, 1930, p. 79.

[115] Cité dans Hauriou, 1929b, p. 78.

produire de vives discussions au sein des juristes, car, ainsi que l'admet bien volontiers Hauriou :

> « Suspendre par simple décret l'exécution d'une loi, cela paraît au premier abord une chose énorme, surtout quand cette loi établit des garanties individuelles, et c'est bien le cas de l'article 65, qui est une garantie individuelle des fonctionnaires. »[116]

Et, si la pratique juridique a conduit le Parlement à valider certains décrets pris par l'exécutif sans autorisation préalable, en ce qui concerne l'affaire Heyriès, il n'y eut ni législation ni validation *a posteriori*, de telle sorte qu'une telle interprétation suppose qu'il peut être permis de suspendre « la règle fondamentale sur laquelle repose le régime de la légalité, à savoir la règle en vertu de laquelle le règlement ou le décret sont subordonnés à la loi et ne peuvent rien entreprendre contre la loi »[117]. Or Hauriou justifie la décision du Conseil d'Etat, qui se fonde selon lui sur une interprétation légitime de la Constitution en situation de guerre :

> « Ne pouvant plus s'abriter derrière une législation de guerre, ayant, au contraire, à justifier le gouvernement d'avoir suspendu par décret l'application d'une loi ordinaire, le Conseil d'Etat s'est vu obligé de recourir à l'interprétation d'un texte constitutionnel pour en déduire la légalité du droit suspendu. »[118]

Cette *obligation* qui a pesé sur le Conseil d'Etat d'interpréter la Constitution de façon constructive est véritablement le cœur de la théorie du droit de nécessité de Hauriou. En effet, la décision du Conseil d'Etat valide bien pour Hauriou une rupture de la légalité, mais elle procède, selon lui, de la Constitution elle-même, qui est source d'un droit applicable en situation d'exception. Certes, les lois constitutionnelles ne font pas mention d'un tel droit applicable en situation de nécessité, mais, selon Hauriou, une situation de crise – c'est-à-dire aussi bien une guerre qu'une nécessité de paix publique[119] – ouvre pour l'Etat la possibilité d'invoquer la *légitime défense*, qui constitue pour Hauriou la source

[116] Hauriou, 1929b, p. 81.
[117] Hauriou, 1929b, p. 81-82.
[118] Hauriou, 1929b, p. 79.
[119] « Le Conseil d'Etat n'a, d'ailleurs, pas l'intention de limiter la justification tirée de la légitime défense de l'Etat au cas des nécessités de guerre, car il l'a appliquée depuis la guerre à un cas de nécessité de paix publique. » : Hauriou, 1930, p. 165.

d'un *droit propre aux situations de crise* : une « légalité supérieure, super-légalité qui devait s'appliquer, du moment que l'hypothèse du temps de guerre était réalisée »[120]. Une telle interprétation est constructive, comme le reconnaît Hauriou[121], puisqu'elle suppose que la Constitution ne contient pas seulement l'ensemble des lois constitutionnelles écrites, mais « des principes dont la légitimité est supérieure au texte même de la Constitution écrite et qui n'ont pas besoin d'y être exprimés », et qui ont une légitimité propre venant de ce « qu'ils expriment ce qu'il y a de plus essentiel dans la loi »[122]. La Constitution ainsi comprise comprend la Constitution écrite, mais « elle comprend bien autre chose et, par exemple, tous les principes fondamentaux du régime, c'est-à-dire, tant les principes de l'ordre individualiste qui sont à la base de l'Etat que les principes politiques qui sont à la base du gouvernement. Ces principes constituent une sorte de légitimité constitutionnelle qui prend place au-dessus même de la Constitution écrite »[123]. Nous verrons par la suite que, au moyen d'une telle définition substantielle de la Constitution, Hauriou entend garantir le noyau essentiel du statut politique et social d'un pays, y compris – ou surtout – contre les interventions du législateur, mais, provisoirement, elle permet d'abord à Hauriou de justifier la décision du juge administratif, auquel il accorde un pouvoir d'interprétation des lois constitutionnelles[124].
En effet, sur fondement d'une telle définition substantielle de la Constitution, Hauriou distingue la légalité ordinaire, valable pour les temps ordinaires, où la préservation des libertés individuelles domine, de la légalité valable en temps de guerre, ou en situation extraordinaire, où la préservation de l'Etat s'impose :

> « Il faut bien reconnaître que les lois de garanties individuelles sont faites pour les temps normaux, et que, depuis longtemps, on a constaté la nécessité de les suspendre, au moins partiellement, dans les temps anormaux, où le salut de l'Etat passe avant les convenances individuelles. »[125]

De telle sorte que Hauriou peut à la fois affirmer le caractère prépondérant de la préservation des libertés individuelles en situation ordinaire, tout en fondant le caractère

[120] Hauriou, 1929b, p. 84.
[121] Hauriou, 1929b, p. 83.
[122] Hauriou, 1930, p. 81.
[123] Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1923, p. 296. Cité dans Foulquier, 2009, p. 13.
[124] « Ainsi se réalise, sous la pression des circonstances, ce que nous avons annoncé dès 1900, à propos de la grève des employés des postes (…) : le juge administratif est amené à interpréter les lois constitutionnelles, assumant ainsi un rôle que la doctrine lui avait longtemps refusé. » : Hauriou, 1929b, p. 79.
[125] Hauriou, 1929b, p. 81.

juridique de la suspension de la légalité portant atteinte à ces mêmes droits en situation exceptionnelle, au moyen de la conception substantielle de la Constitution. Certes, Hauriou souligne qu'une interprétation aussi élargie de la Constitution « ne se soutient elle-même que si ces extensions de pouvoir sont justifiées par la légitime défense de l'Etat dont les nécessités de guerre constituent un cas »[126]. Le juge ne dispose donc pas d'un pouvoir illimité d'interpréter de manière extensive la Constitution : une telle interprétation repose sur l'existence d'une situation de crise grave. De même, de tels actes commis par le gouvernement ne recouvrent leur légalité qu'au moyen du jugement du Conseil d'Etat qui garantit un contrôle juridique sur les actes commis. Reste qu'Hauriou admet un véritable *droit de nécessité sous une forme conditionnelle*, très largement favorable à l'action de l'exécutif.

Et tel est bien l'objectif central, sinon essentiel, du juriste qui veut réévaluer les pouvoirs et moyens propres de l'exécutif. La guerre joue d'ailleurs pour Hauriou le rôle d'un *révélateur* concernant la nature du pouvoir exécutif dans sa fonction gouvernementale[127] :

> « Dès lors, un pouvoir discrétionnaire apparaît dans la fonction d'assurer l'exécution des lois ; le pouvoir exécutif peut choisir entre les lois dont il assure l'exécution, et peut aussi choisir son moment d'exécuter ou de ne pas exécuter. »[128]

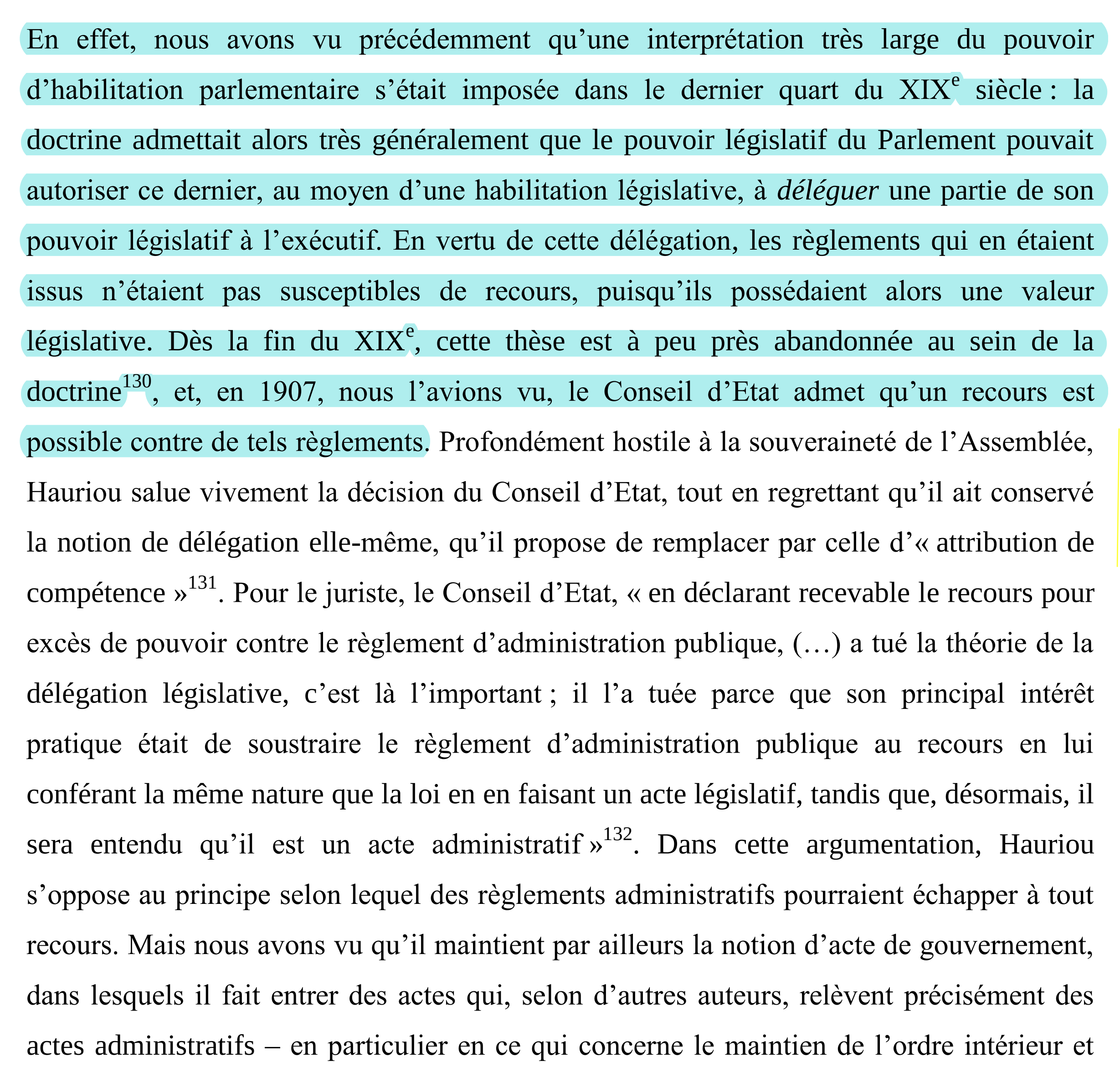
Cet élément discrétionnaire caractérise, selon lui, l'*ensemble* des actes accomplis par le gouvernement ou le président, y compris dans leur fonction strictement exécutive ; mais elle n'aurait été véritablement mise en lumière qu'à l'occasion de la guerre, et en particulier avec la décision du Conseil d'Etat et son interprétation de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 :

> « Le début de ce considérant est remarquable, en ce qu'il rompt avec la fâcheuse habitude de définir le pouvoir exécutif uniquement par la mission d'assurer l'exécution des lois : cette mission est, en réalité, double : 1° assurer la marche de l'administration [et aussi du gouvernement] ; 2° assurer l'exécution des lois. Cette vérité, que nous ne cessons de répéter depuis trente ans, se fait donc enfin jour ! Il a fallu la guerre ; mais à cette lumière-là, il y a des vérités qui deviennent criantes. Eh oui ! – D'abord gouverner et administrer ; ensuite exécuter la loi – ce qui signifie :

[126] Hauriou, 1930, p. 165.
[127] Nous verrons par la suite que pour Schmitt également, dont les liens avec Hauriou ne sont plus à démontrer, la situation exceptionnelle vient mettre en lumière la nature propre du pouvoir souverain. *Cf.* sur ce point Beaud, 1993.
[128] Hauriou, 1929b, p. 83.

vivre d'abord et ensuite, vivre régulièrement, toujours dans les circonstances normales, autant qu'on le peut dans les circonstances anormales. »[129]

L'interprétation retenue par Hauriou procède donc de sa théorie générale de l'Etat et du droit, qui affirme la primauté de l'exécutif sur le législatif, ainsi que la supériorité de la fonction gouvernementale, dont la mission consiste à assurer la marche générale de l'administration et du gouvernement, sur la fonction exécutive du gouvernement et de l'administration. Une construction théorique cohérente, liée par un objectif relativement clair, qui permet également de comprendre la position de Hauriou concernant les lois d'habilitation issues du Parlement.



En effet, nous avons vu précédemment qu'une interprétation très large du pouvoir d'habilitation parlementaire s'était imposée dans le dernier quart du XIXe siècle : la doctrine admettait alors très généralement que le pouvoir législatif du Parlement pouvait autoriser ce dernier, au moyen d'une habilitation législative, à *déléguer* une partie de son pouvoir législatif à l'exécutif. En vertu de cette délégation, les règlements qui en étaient issus n'étaient pas susceptibles de recours, puisqu'ils possédaient alors une valeur législative. Dès la fin du XIXe, cette thèse est à peu près abandonnée au sein de la doctrine[130], et, en 1907, nous l'avions vu, le Conseil d'Etat admet qu'un recours est possible contre de tels règlements. Profondément hostile à la souveraineté de l'Assemblée, Hauriou salue vivement la décision du Conseil d'Etat, tout en regrettant qu'il ait conservé la notion de délégation elle-même, qu'il propose de remplacer par celle d'« attribution de compétence »[131]. Pour le juriste, le Conseil d'Etat, « en déclarant recevable le recours pour excès de pouvoir contre le règlement d'administration publique, (…) a tué la théorie de la délégation législative, c'est là l'important ; il l'a tuée parce que son principal intérêt pratique était de soustraire le règlement d'administration publique au recours en lui conférant la même nature que la loi en en faisant un acte législatif, tandis que, désormais, il sera entendu qu'il est un acte administratif »[132]. Dans cette argumentation, Hauriou s'oppose au principe selon lequel des règlements administratifs pourraient échapper à tout recours. Mais nous avons vu qu'il maintient par ailleurs la notion d'acte de gouvernement, dans lesquels il fait entrer des actes qui, selon d'autres auteurs, relèvent précisément des actes administratifs – en particulier en ce qui concerne le maintien de l'ordre intérieur et

---

[129] Hauriou, 1929b, p. 80.
[130] Redor, 1992, p. 146.
[131] Note sous CE du 6 décembre 1907, Sirey, 1908-3-2. Cité dans Redor, 1992, p. 206.
[132] *Ibid.*

extérieur. De telle sorte que cette opposition semble plus certainement alimentée par son rejet de la souveraineté parlementaire et sa volonté de défendre l'autonomie de l'exécutif – bien que son effort visant à soumettre l'activité étatique au contrôle juridique ne puisse être négligé. Une interprétation que confirme la définition que le juriste accorde au règlement. En effet, pour Hauriou, « les règlements diffèrent des lois, en la forme, parce qu'ils sont des actes administratifs, et, au fond, parce qu'ils sont l'expression de la volonté gouvernementale au lieu d'être celle de la volonté nationale ». Une distinction qui ne s'applique pas seulement, souligne le juriste, aux règlements de police, faits par les maires et les préfets, mais également pour « tous les règlements d'administration publique qui sont faits sur l'invitation du législateur, pour compléter une loi »[133]. De telle sorte que Hauriou défend bien l'idée d'après laquelle, de sa nature propre, le pouvoir réglementaire détenu par l'exécutif procède d'un pouvoir constitutionnel, qui se déduit du fait que le pouvoir exécutif est « un représentant autonome de la nation »[134]. C'est pourquoi si aucun règlement ne peut jamais « sous peine d'illégalité, suspendre, même provisoirement, l'exécution d'une loi, à moins que ce ne soit en vertu d'une autre disposition de loi »[135], le règlement n'est pourtant jamais la simple exécution de la volonté parlementaire, mais bien plutôt l'expression autonome de la volonté gouvernementale. C'est donc bien l'autonomie de l'exécutif à l'égard du Parlement qui constitue le principal objectif visé ici par Hauriou, et l'*opposition de Hauriou à la théorie de la délégation procède moins d'un effort visant à empêcher le transfert du pouvoir législatif vers l'exécutif, que de son opposition au gouvernement parlementaire, c'est-à-dire à la pleine domination du Parlement*[136]. Ce que confirme pleinement le fait que le juriste s'appuie ensuite sur la soumission de l'exécutif au contrôle juridique, soit sur le fait que tous les règlements administratifs sont toujours « annulables pour excès de pouvoir »[137], pour justifier le transfert de certaines compétences législatives vers l'exécutif et appuyer la multiplication des « attributions de compétence ». En d'autres termes, et non sans un apparent paradoxe, l'argumentation développée par Hauriou contre la théorie de la délégation se renverse en une argumentation favorable au

[133] Hauriou, 1930, p. 152.
[134] Hauriou, 1930, p. 151. Souligné par l'auteur.
[135] Hauriou, 1929a, p. 446.
[136] Schmitt (1923), 1988, p. 40.
[137] Hauriou, 1930, p. 152-153. Hauriou admet même un contrôle très élargi de ces règlements : « Toute disposition règlementaire en contradiction, soit avec les termes d'une loi, soit avec l'esprit de la loi, soit avec une liberté définie consacrée par une loi, est frappée d'illégalité, si, d'ailleurs, elle n'a pas été prise en vertu d'une autre disposition de loi ». Au moyen d'une telle définition élargie de la loi – et de la Constitution – Hauriou vise certainement à fonder l'extension du contrôle juridictionnel des règlements, puisque le contrôle peut porter sur l'esprit de la loi ou sur les libertés consacrées par elle. Mais cette théorie permet également de soumettre l'Assemblée à un droit supérieur et de faire du juge un véritable interprète du droit.

transfert d'une partie du pouvoir détenu par le Parlement vers l'exécutif. Un argument dont Marie-Joëlle Redor souligne l'usage stratégique répété par les juristes de l'entre-deux-guerres :

> « L'existence de contrôles juridictionnels sur les actes de l'exécutif devient ainsi un argument supplémentaire pour transférer à celui-ci une partie des pouvoirs des assemblées devenues incontrôlables. »[138]

Ainsi, les efforts systématiques de Hauriou visant à imposer la supériorité de l'exécutif sont bien d'abord le fruit d'une lutte contre la toute-puissance du Parlement et contre le légicentrisme, c'est-à-dire contre la doctrine d'après laquelle le Parlement étant le représentant de la volonté nationale, il agit en souverain, source illimitée de la loi et de la Constitution – doctrine qui tend à réduire le gouvernement à sa fonction d'exécution du droit. Conformément à la thèse de Foulquier :

> « Ce renforcement du pouvoir exécutif visait à dévaloriser le Parlement et à briser sa revendication à la souveraineté. Pour cela, Hauriou en venait non seulement à contester la fonction du Parlement de représentant de la Nation, mais aussi il refusait de définir le pouvoir législatif par sa fonction, à savoir adopter la loi. Certes, il affirmait qu'une telle définition eût subordonné le Parlement à sa fonction. En réalité, il entendait par là en saper l'autorité puisqu'il lui déniait le rôle fondamental d'être l'expression de la volonté générale. »[139]

Et, effectivement, c'est bien la volonté de contester la thèse d'après laquelle le Parlement est l'expression de la volonté nationale qui mobilise en grande partie les efforts du juriste et le conduit à faire « du Parlement un lieu de bavardages, parfois utiles, jamais indispensables et où la Raison faisait souvent défaut »[140]. Ce qui nous amène au cœur de notre réflexion portant sur les pouvoirs de crise. Car, si le conservatisme de Hauriou explique sans doute en partie la lutte du juriste à l'encontre de la souveraineté parlementaire, on ne peut minimiser les dénonciations portées par le juriste à l'encontre des dangers de cette « souveraineté ».

En effet, le légicentrisme, ou la toute-puissance du législateur, représente bien une véritable menace pour l'Etat parlementaire au regard de Hauriou, pour lequel « le plus

---

[138] Redor, 1992, p. 128.
[139] Foulquier, 2009, p. 24. Nous soulignons.
[140] Foulquier, 2009, p. 24. Nous retrouverons très exactement cette argumentation chez Schmitt, ainsi que nous le verrons par la suite.

dangereux pour la liberté n'est point le pouvoir exécutif dont les règlements et les décisions sont efficacement subordonnés à la loi (…), c'est le pouvoir législatif qui peut bouleverser les lois existantes au gré des majorités politiques changeantes »[141]. Et c'est bien contre l'idée d'après laquelle l'Assemblée dispose du pouvoir illimité de faire et défaire des lois, y compris, sous certaines conditions plus strictes, les lois constitutionnelles, qu'Hauriou développe sa définition substantielle de la Constitution, qui vise précisément à garantir contre toute révision constitutionnelle altérant la nature propre de l'Etat[142]. De même, on ne peut interpréter ses efforts visant à imposer l'autonomie et la suprématie de l'exécutif à l'égard du législatif hors du cadre d'une telle lutte contre la souveraineté parlementaire.

Mais Hauriou n'est pas sans radicaliser le danger qui pèse sur l'Etat parlementaire soumis au légicentrisme, et dont il dresse un portrait en épouvantail en prenant appui sur la théorie emblématique de Rousseau[143]. Car, en l'absence de toute véritable limite, le « pouvoir absolu » du législateur pourrait glisser vers une forme de gouvernement direct de l'Assemblée du peuple, dont l'illustration extrême d'un point de vue historique n'est autre que la dictature de la Convention, « c'est-à-dire la dictature d'une Assemblée qui, par ses comités et par ses représentants en mission, s'empare de tout le gouvernement en supprimant toute séparation des pouvoirs »[144]. Autrement dit, Hauriou refuse de considérer que seul le pouvoir incontrôlé de l'exécutif puisse conduire à la dictature ; bien au contraire, en l'absence d'un contrepoids réel de l'exécutif et de limites substantielles du droit, le législatif peut également se transformer en une dictature contraire à l'Etat de droit :

> « On voit ainsi que, sur le fond de la conception révolutionnaire, quand on la pousse à bout, est la dictature d'une assemblée législative, tandis que sur le fond de la conception autoritaire est la dictature d'un organe exécutif. »[145]

Une mise en parallèle de l'exécutif et du législatif toute relative, puisque, pour Hauriou, l'Etat parlementaire de la IIIe République se caractérise précisément par la toute-puissance du Parlement, en opposition au pouvoir limité de l'exécutif.

[141] Hauriou, 1929a, p. 27.
[142] Foulquier, 2009, p. 13.
[143] Sur l'importance de la figure de Rousseau dans cette fronde menée par la doctrine contre la souveraineté parlementaire, *cf*. Redor, 1995.
[144] Hauriou, 1930, p. 88.
[145] Hauriou, 1930, p. 88.

Pour conclure ce chapitre, nous voudrions donc souligner le caractère très politique de la réflexion menée par Hauriou sur les pouvoirs de crise. Dans son ensemble, elle vise certainement d'abord à *garantir la supériorité de l'exécutif sur le législatif en situation de crise* tout en maintenant un certain contrôle, en particulier du juge, sur ces pouvoirs. Mais ensuite, elle sert de véritable *révélateur* en ce qui concerne la nature propre de l'exécutif, ainsi que de la Constitution. Enfin, elle vise à lutter contre la « souveraineté de l'Assemblée », intrinsèquement menacée de dégénérer en une dictature parlementaire, en donnant les moyens à l'exécutif d'agir en situation de crise *y compris hors du contrôle du Parlement*. Hauriou ne va nullement aussi loin que Schmitt en la matière, mais nous verrons qu'il fournit sans aucun doute les principaux axes d'une réflexion que le juriste allemand poussera à ses conséquences dernières.

Nous voudrions, dans ce qui suit, examiner la réflexion menée par Duguit sur les pouvoirs exceptionnels. Duguit a porté un intérêt marqué à la question des règlements de nécessité, où il n'est pas sans puiser dans la doctrine allemande. En outre, la rivalité qui a opposé le juriste bordelais au toulousain est désormais célèbre et finit de justifier notre choix de traiter un auteur dont la doctrine s'oppose essentiellement à celle de Hauriou, dans le but de dégager les principaux axes du conflit doctrinal de l'après-guerre sur notre question. Et nous verrons que, en dépit des divergences profondes qui séparent leurs théories du droit, celles-là n'en partagent pas moins un objectif stratégique similaire à l'égard du légicentrisme, qui permet selon nous de rendre raison de leur relative proximité quant à l'admission d'un droit conditionnel de nécessité.

III. Duguit et la question des règlements de nécessité

La réflexion de Léon Duguit concernant les pouvoirs exceptionnels trouve place au sein d'une théorie générale de l'Etat et du droit qui diffère sensiblement de celle de Hauriou. Le juriste bordelais développe en particulier une ferme critique de la théorie des actes de gouvernement de Hauriou.

En effet, Duguit s'accorde avec Hauriou sur le rejet de la théorie du mobile caractéristique de l'ancienne théorie des actes de gouvernement qui revient selon lui en dernière instance à

la théorie de l'activité libre de l'Etat professée par Jellinek[146]. Mais, pour le juriste bordelais, il faut bannir absolument la distinction des actes de gouvernement et des actes administratifs qui permet d'exclure les premiers du contrôle juridique[147], de telle sorte qu'il faut écarter *toute* théorie des actes de gouvernement. Certes, certains actes accomplis par le gouvernement le sont en tant qu'organes politiques et échappent au recours pour excès de pouvoir, comme c'est le cas pour les actes relatifs aux rapports du chef de l'Etat et des Chambres, aux relations extérieures ou aux décrets établissant l'état de siège. Mais, d'une part, ces actes politiques sont sanctionnés par le Parlement de telle sorte que, contrairement à ce que soutient Hauriou, ils ne sortent pas du champ de la légalité :

> « Les actes politiques eux-mêmes sont dominés par le principe de légalité ; mais, pour eux, la sanction est mise en œuvre par le Parlement, comme pour les actes des autorités administratives, par les tribunaux. »[148]

Et, d'autre part, les actes accomplis par l'exécutif en tant qu'organe politique et les actes de gouvernement ne sauraient être confondus[149], comme le fait pourtant Hauriou qui met sur le même plan les actes relatifs aux relations entre les chambres et l'exécutif et les décrets relatifs à la sûreté intérieure et extérieure de l'Etat[150]. Car, si les premiers sont effectivement des actes accomplis par le gouvernement comme organe politique, en revanche, les seconds doivent être tenus pour des règlements administratifs, dont le statut formel garantit qu'un recours juridique est toujours possible, sauf à revenir purement et simplement à la doctrine de la raison d'Etat :

> « Quant aux actes relatifs à la sûreté intérieure de l'Etat, en faire des actes de gouvernement insusceptibles de tout recours, c'est revenir à la Raison d'Etat, ce qui est inadmissible dans un pays libre. »[151]

---

[146] Duguit, 1930, p. 738.
[147] En amont, Duguit rejette la distinction de la fonction administrative et de la fonction gouvernementale professée par Hauriou, qui repose sur l'introduction des divers rôles de l'Etat et consiste donc en une distinction politique et non juridique : « La distinction que fait Hauriou entre la fonction administrative et la fonction gouvernementale est donnée au point de vue du rôle qui incombe à l'Etat ; elle n'est donc pas d'ordre juridique.» : Duguit, 1928, p. 160.
[148] Duguit, 1923, p. 691.
[149] Duguit, 1923, p. 688.
[150] Duguit, 1923, p. 689.
[151] Duguit, 1923, p. 690.

La confusion même de la notion d'acte de gouvernement ne servirait donc qu'à masquer un effort contestable théoriquement et politiquement douteux, visant à écarter certains actes administratifs du recours juridique pour des « motifs de défense gouvernementale ». En d'autres termes, Hauriou aurait réintroduit des cas d'exception pour des raisons de fins politiques, ce qui ne saurait être toléré dans un Etat de droit[152]. Duguit semble donc mener une véritable fronde antiautoritaire contre les actes de gouvernement qui, chez Hauriou comme dans la théorie allemande, ont permis à l'exécutif d'imposer sa volonté en cas de désaccord avec le législatif dans certaines situations politiquement tendues. Reste que c'est moins la domination qu'une telle théorie garantit à l'exécutif dans certaines situations qui est contestée que le caractère *arbitraire* des actes de gouvernement.

En effet, Duguit développe une théorie de l'Etat de droit fondée sur une définition matérielle de la loi qui se veut protectrice des libertés individuelles. D'un point de vue formel, la loi peut certes être définie comme une disposition votée par le Parlement et promulguée par le Président ; mais, au sens matériel cette fois, la loi est une règle de droit dont la généralité constitue le caractère propre[153] :

> « La disposition par voie générale et abstraite est une loi au sens matériel. La décision par voie individuelle et concrète n'est pas une loi au sens matériel ; elle est une voie au sens formel si elle émane de l'organe législatif. »[154]

La généralité de la loi est l'élément protecteur des libertés individuelles, et c'est pourquoi Duguit défend la valeur absolue du principe matériel de légalité, d'après lequel « il n'est pas un organe de l'Etat qui puisse prendre une décision individuelle qui ne soit conforme à une disposition par voie générale antérieure. Ou, sous une autre forme, une décision individuelle ne peut jamais être prise que dans les limites déterminées par une loi matérielle antérieure. C'est le principe essentiellement protecteur de l'individu, et l'on peut dire qu'il n'a pas, qu'il ne peut pas, qu'il ne doit pas recevoir d'exception. Une société qui ne le reconnaît pas, ou qui, le reconnaissant, lui apporte des réserves ou des exceptions, ne

---

[152] Duguit dénonce ainsi fermement l'arrêt Graty rendu par le Conseil d'Etat le 4 janvier 1918, déclarant irrecevable le recours pour excès de pouvoir contre un arrêté ministériel durant le conflit. Duguit, 1923, p. 695.

[153] Duguit admet une définition formelle de la loi, d'après laquelle « est loi *formelle* toute disposition et seulement la disposition qui est votée par le Parlement et promulguée par le président de la République, quels que soient le caractère interne et l'objet de cette disposition ». Au contraire, au « *point de vue matériel*, est loi tout acte qui possède en soi le caractère intrinsèque de loi, et cela indépendamment de l'individu ou du corps qui fait l'acte » : Duguit, 1928, p. 161.

[154] Duguit, 1928, p. 167.

vit pas véritablement sous un régime d'Etat de droit »[155]. A l'encontre de la définition formelle de l'Etat de droit développée par le positivisme d'Empire[156], Duguit admet donc une définition matérielle de l'Etat de droit visant à protéger les individus de l'arbitraire[157]. Or la théorie des actes de gouvernement repose essentiellement sur l'affirmation d'après laquelle « dans certains cas, un acte individuel fait en violation de la loi par le gouvernement ou sur son ordre doit échapper à tout recours, à raison des motifs qui l'ont déterminé »[158]. En d'autres termes, la théorie des actes de gouvernement admet des *exceptions au principe matériel de légalité pour des motifs politiques*. Et, pour Duguit, nul Etat n'est autorisé sous quelque mobile que ce soit à porter des exceptions à la généralité de la loi, sauf à retomber dans la doctrine de la raison d'Etat :

> « Admettre des actes de gouvernement ainsi compris c'est admettre que pour des raisons d'Etat on peut apporter des exceptions plus ou moins arbitraires au principe essentiellement protecteur, au principe fondamental, le principe de légalité matérielle, sans lequel il n'y a pas d'Etat de droit, sans lequel, pourrais-je dire, il n'y a pas vraiment de droit public. »[159]

C'est donc le caractère *arbitraire* des actes de gouvernement qui pose problème pour Duguit, et non la volonté marquée de Hauriou de défendre la prééminence de l'exécutif sur le législatif, comme en témoigne sa théorie des règlements de nécessité qui maintient l'objectif de préserver les libertés individuelles contre l'arbitraire étatique, tout en offrant les outils d'un transfert de certaines compétences ordinairement détenues par le législatif vers l'exécutif.

Il est nécessaire d'inscrire la réflexion menée par Duguit sur les règlements de nécessité dans le cadre de sa théorie générale du droit, et en particulier de l'éclairer au moyen de sa théorie portant sur les règlements. Celle-là se développe autour de deux affirmations majeures : d'une part, Duguit soutient que les règlements ne sont pas des actes

---

[155] Duguit, 1923, p. 689. Nous soulignons.
[156] En effet, bien loin du positivisme formel issu de la doctrine kantienne, la théorie réaliste du droit défendue par Duguit procède d'un positivisme sociologique dont on trouve l'origine chez A. Comte. Selon Duguit, le droit est irréductible au seul droit positif et désigne d'abord un « droit objectif » immanent à la société qui s'impose à l'Etat, dont la principale tâche consiste à le réaliser. Ce droit objectif est issu de la loi sociale, soit de l'ensemble des prescriptions suivies par les individus de manière volontaire et consciente, constitutives de l'organisation sociale en tant que telle et véritable origine de la normativité juridique. Duguit rejette donc nettement le positivisme légal qui fait du seul législateur la source unique de la loi, et ne permet pas de comprendre ce qui fonde son caractère impératif. Pour le juriste, le législateur ne créé par le droit, il n'en fait que le constat, et l'ensemble des fonctions de l'Etat doit avoir pour but de réaliser le droit objectif, qui devient le véritable principe de limitation de l'Etat et du droit positif.
[157] Duguit, 1923, p. 681.
[158] Duguit, 1923, p. 682.
[159] Duguit, 1923, p. 686.

administratifs, mais bien des actes législatifs à part entière ; et, d'autre part, c'est la pression des besoins pratiques et l'évolution de l'activité étatique qui ont rendu *nécessaire* un tel pouvoir réglementaire, à l'origine incompatible avec l'esprit des constitutions révolutionnaires françaises.

En effet, la distinction du sens matériel et du sens formel de la loi conduit Duguit à relativiser l'opposition de la loi et le règlement ; car, si le règlement peut être défini par son organe d'édiction d'un point de vue formel, en revanche, d'un point de vue matériel, « les règlements, quelle que soit l'autorité dont ils émanent, ne sont pas des actes administratifs ; (…) ils contiennent, par définition même, des dispositions par voie générale et abstraite, et (…) par conséquent ils sont, au point de vue matériel, des actes législatifs, de véritables actes législatifs »[160]. Le règlement ne peut donc être défini comme un simple acte d'exécution de la loi, et Duguit relativise la hiérarchie formelle de la loi et du règlement en faisant du règlement une loi matérielle bien comprise. Ainsi que le souligne Marie-Joëlle Redor, la frontière passe moins, pour Duguit, entre exécutif et législatif, qu'entre la loi au sens matériel et l'acte administratif[161].

Néanmoins, Duguit souligne que, dans les « conceptions modernes », le Parlement est l'organe supérieur de l'Etat et la seule source autorisée à faire des lois au sens matériel du terme[162], de telle sorte que « le pouvoir réglementaire n'existe pas ou du moins n'existe que dans les cas où la loi constitutionnelle l'établit expressément »[163]. C'est pourquoi, dans l'esprit de la constitution de 1792, il est certain que le pouvoir réglementaire du Président eut été considéré comme non constitutionnel[164]. Cependant, sous le « poids des nécessités pratiques », des restrictions au principe de légalité formel ont été nécessaires, d'après le juriste, la Constitution ou même la loi ayant donné exceptionnellement à d'autres organes la compétence de produire des dispositions par voie générale, c'est-à-dire des règlements autonomes[165] :

> « Théoriquement, incontestablement, le Parlement ne peut donner au gouvernement compétence pour faire un règlement sur une matière législative. Mais, sous l'action des circonstances, on est

[160] Duguit, 1924, p. 661-662.
[161] Redor, 1992, p. 138.
[162] « Le principe général du droit moderne est certainement que les lois matérielles ne peuvent être faites que par un corps représentatif. » : Duguit, 1923, p. 684.
[163] Duguit, 1928, p. 216.
[164] Duguit, 1924, p. 666.
[165] Duguit, 1924, p. 751.

> arrivé progressivement à reconnaitre qu'il le pouvait dans certains cas et sous certaines conditions. »[166]

Certes, d'un point de vue formel, toute loi d'habilitation autorisant le gouvernement à édicter des décrets réglementaires sur des questions légales doit être qualifié de *loi d'exception*[167]. Et Duguit récuse radicalement la théorie de la délégation législative qui aura voulu soustraire certains règlements au contrôle juridique. Reste que les nécessités pratiques ont imposé ces règlements, qui sont devenus à la fois de plus en plus nombreux et qui portent sur des matières législatives de plus en plus diverses.

Si l'on suit l'argumentation relativement dispersée de Duguit sur ce point, les besoins pratiques ayant conduit au développement des règlements sont structurellement liés à l'accroissement de l'activité étatique, qui met « le Parlement (…) dans l'impossibilité matérielle de voter lui-même toutes les dispositions par voie générale qui sont nécessaires »[168]. Cette impossibilité est d'abord matérielle, car cet accroissement ne laisserait plus au Parlement le temps de discuter de chaque « détail » législatif[169] ; mais il s'agit également d'une limite de compétence, selon Duguit, le gouvernement étant plus à même de régler les questions techniques de l'exécution ainsi que le détail du contenu législatif[170] :

> « Le parlement n'aurait pas le temps matériel de les discuter et de les voter, et le gouvernement est bien plus compétent que lui pour les édicter. »[171]

Enfin, l'urgence de certaines questions met le Parlement en situation d'impuissance, et l'oblige à habiliter le gouvernement à produire des règlements sur des matières législatives en vue de répondre à la situation d'urgence[172]. Ce qui permet ensuite à Duguit de justifier le vote de lois de pleins pouvoirs par l'Assemblée.

---

[166] Duguit, 1924, p. 753.
[167] « Les lois qui confèrent le pouvoir réglementaire à certains organes sont des lois d'exception. » : Duguit, 1923, p. 684.
[168] Duguit, 1924, p. 661.
[169] « Il est matériellement impossible au législateur de régler lui-même, dans tous leurs détails, les questions que soulèvent l'application d'une loi, et il serait d'ailleurs très malhabile à le faire. » : Duguit, 1924, p. 699.
[170] Sur la circularité du raisonnement qui conduit à défendre la compétence de l'exécutif en matière d'exécution mais également de production du « détail » des lois, on peut voir Redor, 1992, p. 124.
[171] Duguit, 1924, p. 700.
[172] Duguit, 1924, p. 760.

En effet, Duguit admet que la définition matérielle de la loi qu'il défend semble exclure qu'un règlement puisse porter sur une matière expressément réservée au législateur[173] ou qu'il puisse modifier, abroger ou suspendre des dispositions inscrites dans une loi formelle, ce qui fut en particulier le cas de la loi des pleins pouvoirs du 22 mars 1924[174]. Mais, là encore, *en vertu de la pratique*, Duguit admet qu'une loi de pleins pouvoirs puisse être considérée comme valable à condition qu'il ne puisse s'en déduire qu'une compétence déterminée et non une compétence générale :

> « Mais il reste à bien marquer que ces décisions des chambres ne sont constitutionnellement valides que sous une condition indispensable, sous la condition que l'attribution de compétence qu'elles contiennent soit spéciale et déterminée. Une attribution générale de compétence réglementaire au gouvernement sur des matières législatives serait certainement contraire à la Constitution, quelles que soient les circonstances dans lesquelles elle interviendrait. »[175]

D'après Duguit, le caractère déterminé de ces habilitations garantit le contrôle du Parlement. Un contrôle que confirme certainement à ses yeux le rejet par l'Assemblée de la demande de délégation générale demandée par le gouvernement Briand, dont Duguit dénonce le caractère illimité et qui lui permet inversement d'admettre la validité de la loi du 22 mars 1924 dont la délégation est limitée à la fois quant à son objet et quant à sa durée[176].

Mais, comme le souligne Tingsten, la thèse de Duguit n'est pas sans paradoxe, car « on pourrait objecter qu'il est peu justifié de déclarer une prescription constitutionnelle expresse, faisant de la base du droit français, comme ayant une signification constitutionnelle moindre que celle d'une pratique qui, en définitive, ne s'est établie que pour un nombre relativement restreint de lois et n'a été appliquée que pendant une assez courte durée et dans des circonstances exceptionnelles »[177]. Car, une fois posé que le Parlement est la seule source constitutionnelle autorisée à faire des lois au sens matériel du terme, il semble difficile d'admettre ensuite *que, en vertu de la pratique*, des lois d'habilitation soient permises. La conception générale du droit de Duguit, dominée par une conception matérielle de la loi destinée à préserver les libertés individuelles, n'admet donc pas sans tensions ces lois d'habilitation. Ce qui conduit Tingsten à en conclure que les

---

173 Duguit, 1924, p. 763.
174 Duguit, 1924, p. 757.
175 Duguit, 1924, p. 772.
176 Duguit, 1924, p. 775.
177 Tingsten, 1934, p. 45.

« normes établies ici par Duguit constituent de toute évidence une tentative de donner à la pratique une apparence de légalité, bien qu'elle se soit établie au détriment de la légalité »[178]. En d'autres termes, l'argumentation de Duguit se serait résolue à légaliser une pratique contraire à l'ensemble de sa théorie.

Mais Duguit ne se contente pas d'admettre que des lois d'habilitation puissent en situation de nécessité autoriser le gouvernement à produire des règlements sur des matières législatives. Il admet, en outre, que le gouvernement ou l'administration puissent faire des règlements *« en dehors des cas où la loi leur en donne expressément le pouvoir »*[179] – et dont les règlements de nécessité font partie.

En effet, des circonstances peuvent justifier que certaines atteintes soient portées au principe de légalité formel d'après lequel la loi doit être faite par le Parlement et selon des procédures déterminées. Néanmoins, Duguit admet certaines conditions qui doivent permettre d'« éviter à tout prix d'aboutir à la théorie allemande du *Nothrecht* »[180] :

> « 1° Il faut qu'il y ait une guerre étrangère, une insurrection à main armée ou une grève générale de fonctionnaires ; 2° Il faut qu'il y ait impossibilité matérielle de réunir le Parlement, ou du moins que le Parlement n'étant pas réuni il y ait une telle urgence qu'on ne puisse pas attendre l'expiration du délai minimal indispensable pour le convoquer et le réunir ; 3° Il faut que le règlement législatif soit fait avec l'intention, exprimée ou non, mais réelle, qu'il soit soumis à la ratification du Parlement, dès qu'il sera possible de le réunir à sa première réunion. »[181]

L'ensemble de ces éléments limite l'extension de la situation de crise et garantit le maintien du contrôle du Parlement sur les pouvoirs exceptionnels. Néanmoins, ce contrôle est relativisé par l'argumentation déployée par Duguit[182]. D'abord, en raison de la description de la situation de nécessité, qui n'est pas seulement celle où il est impossible au Parlement de se réunir, mais, de manière beaucoup plus large, celle dont l'urgence rend les

---

178 Tingsten, 1934, p. 46.

179 Duguit, 1923, p. 696.

180 Duguit, 1923, p. 696.

181 Duguit, 1923, p. 752-56

182 Saint-Bonnet souligne combien ces conditions sont *« difficilement contrôlables, en particulier la dernière condition »* qui concerne l'intention exprimée ou non de soumettre les règlements à la ratification, ce qu'il semble interpréter comme une suite de la difficulté admise par Duguit, de fixer la *« ligne de démarcation »* susceptible de séparer l'état de nécessité de la raison d'Etat. C'est donc la question de la reconnaissance de la situation de nécessité et de l'état d'exception que Saint-Bonnet interroge, en conformité avec la thèse générale de son ouvrage. *Cf.* Saint-Bonnet, 2001, p. 20.

délais de réunion du Parlement trop longs[183]. Cette nuance est de taille, et nous verrons par la suite que Duguit postule de manière beaucoup plus générale que le temps de délibération et d'activité du Parlement est inadapté aux situations concrètes qui exigent une certaine rapidité d'exécution. Ensuite, Duguit admet pour troisième condition que les décrets doivent faire l'objet d'une ratification *a posteriori* par le Parlement pour conserver leur validité en accédant au statut de loi, de telle sorte qu'il peut sembler que Duguit défende une théorie politique de l'état de nécessité. Or tel n'est pas le cas, car ces décrets ont force législative *dès leur promulgation* :

> « (…) c'est que dès le moment [où le règlement est promulgué] à raison des circonstances, à raison des conditions dans lesquelles il a été publié, il avait déjà force législative »[184].

Il s'agit donc bien d'un droit d'exception, dont il s'agit d'interroger le fondement. Selon Lamarque, Duguit comme Hauriou font de la nécessité une source de droit[185]. Mais Évelyne Pisier-Kouchner met en doute une telle affirmation. Selon elle, il faut plutôt voir dans la théorie des règlements de nécessité de Duguit une opposition à la thèse défendue par Carré de Malberg et Esmein d'après lesquels la force obligatoire du règlement provient de sa ratification[186]. Et, effectivement, il ne nous semble pas que Duguit fasse de la nécessité une source normative, contrairement à la théorie de Jellinek. L'objectif visé par Duguit semble bien davantage de s'opposer aux thèses positivistes qui défendent une stricte hiérarchie de la loi et du règlement, et, en amont, du législatif et de l'exécutif, ainsi que le soutient Évelyne Pisier-Kouchner, que de justifier un droit autonome de nécessité. Un objectif qui permet de rendre raison des tensions internes qui traversent la théorie du juriste bordelais. Car force est de faire le constat de l'ambiguïté de la théorie de Duguit qui affirme d'un côté que seule l'Assemblée est autorisée à faire les lois et qui, de l'autre côté, admet que cette même Assemblée peut habiliter l'exécutif à faire des règlements sur des questions législatives ; qui soutient à la fois que ces règlements sont limités par les lois antérieures et admet néanmoins que des lois de pleins pouvoirs sur des questions précises

[183] Sur cette base, et contre Hauriou, Duguit s'oppose à la décision du Conseil d'Etat dans l'affaire Heyriès, puisque le Parlement pouvait alors se réunir et qu'il n'y avait aucune urgence à prendre un tel décret. Duguit, 1923, p. 756-757.
[184] Duguit, 1923, p. 754-755. Dans le quatrième tome de son *Traité* publié en 1924, Duguit souligne que le Parlement ne peut faire de loi rétroactive, de sorte qu'il ne peut modifier la situation légale du règlement antérieurement à sa validation. Le règlement n'est donc légal qu'à raison de la nécessité même de la situation. Duguit, 1924, p. 742.
[185] Lamarque, 1961, p. 565.
[186] Pisier-Kouchner, 1972, p. 206.

sont possibles ; qui soutient le caractère indérogeable du principe matériel de légalité et admet quand même quelques entorses, et ce toujours en reconnaissance des *nécessités pratiques*. Or le pragmatisme de Duguit sert toujours le même objectif général, de telle sorte que les entorses admises par Duguit à sa propre théorie du droit font précisément moins état d'un certain pragmatisme que d'une méfiance partagée par bien des juristes à l'époque à l'égard de la « souveraineté » de l'Assemblée nationale, ainsi que d'un effort visant à transférer un maximum de compétences réservées à l'Assemblée vers l'exécutif. Il nous semble donc, selon l'hypothèse déjà émise, que chez Duguit, tout comme chez Hauriou, il existe un même objectif visant à contrer la souveraineté parlementaire, qui conduit le juriste bordelais à construire un édifice juridique structuré autour de l'idée d'un droit objectif et d'une définition matérielle de la loi, ainsi qu'à vouloir augmenter les moyens d'action de l'exécutif.

Et, en effet, comme bien des publicistes de l'époque, Duguit dénonce la « toute-puissance » du Parlement, qui, en vertu de ses prétentions à représenter le peuple, ne trouve guère de limites qui lui soient opposées. Pour Duguit, tout gouvernement populaire a tendance à se croire omnipotent[187], tandis que « l'opinion est toujours portée à croire que le Parlement est l'organe d'Etat qui est le plus particulièrement investi de la souveraineté »[188], de telle sorte que l'on a pu penser « que tout était sauvé en affirmant le principe que tout pouvoir émane du peuple et en créant un Parlement élu directement par le peuple »[189]. Certes, Duguit nuance les critiques de facture antidémocratique, qui trouvent la source de tous les maux dans l'instauration du suffrage universel. Néanmoins, le juriste admet bien « une grande part de vérité » dans les critiques très virulentes qui se développent à l'encontre du parlementarisme, et qui se fondent sur l'affirmation d'après laquelle « une assemblée élue au suffrage universel direct se considérera toujours comme omnipotente et tendra fatalement à annihiler les autres pouvoirs »[190].

Il est certain que la méfiance de Duguit à l'égard du parlementarisme excède très largement sa critique du légiscentrisme, et procède plus largement de sa théorie du service public, qui « désigne à la fois une obligation générale et permanente et une extension constante des obligations des gouvernants vis-à-vis de gouvernés », dont témoigne l'extension historique de la fonction de l'Etat qui, d'une fonction minimale de police et de justice, porte désormais sur la protection du travail, la culture, l'enseignement, la

[187] Duguit, 1927, p. 571.
[188] Duguit, 1923, p. 706.
[189] Duguit, 1927, p. 571.
[190] Duguit, 1928, p. 826.

protection économique, etc.[191]. Et, pour Duguit, la multiplicité des activités publiques doit nécessairement entraîner une charge de plus en plus lourde pour l'Etat, qui laisse le Parlement dans l'impossibilité de contrôler l'ensemble des tâches qui lui sont soumises :

> « Avec la complexité croissante des sociétés modernes, la tâche du Parlement est considérable, et forcément, à cause du grand nombre de ses membres, à cause des ambitions, des passions politiques qui, dans le milieu parlementaire, sont forcément plus vives que partout ailleurs, le Parlement est un organe pesant, qui ne peut que difficilement remplir en son entier la mission qui lui incombe. »[192]

Et, pour Duguit, l'exécutif paraît davantage à même de servir l'intérêt public, tout en offrant les garanties nécessaires à la réalisation du droit objectif que Duguit appelle de ses vœux, car, d'un côté, la définition matérielle de la loi lui permet de défendre la fonction législative de l'exécutif[193], tandis que, de l'autre, un recours juridique est toujours possible contre les règlements, contrairement aux lois du Parlement, sur lesquelles il n'existe aucune possibilité de contrôle[194]. Mais, s'il est certain que la théorie du service public est nettement favorable au développement de l'activité administrative de l'Etat, les tensions que nous avons relevées au sein de sa théorie du droit, et en particulier dans sa théorie des règlements, ne s'expliquent pas sans la défiance que le juriste bordelais partage avec bien des publicistes de l'époque à l'égard d'une Assemblée, où « les débats parlementaires manifestent plus souvent le conflit que le consensus dans une société qui apparaît elle-même de plus en plus divisée entre groupes sociaux hétérogènes aux intérêts antagonistes »[195].

Ainsi, nous avons voulu montrer que la réflexion menée par Duguit sur les pouvoirs de nécessité, qui concernent aussi bien sa théorie des règlements de nécessité que sa théorie portant sur les lois d'habilitation, ne peut être comprise qu'à la lumière de sa théorie

---

[191] « Les gouvernements modernes ne doivent plus seulement à leurs gouvernés la police et la justice proprement dites, mais encore ce que certains publicistes appellent d'un mot commode la culture, à savoir l'enseignement, l'assistance, l'hygiène, la protection du travail, les transports, etc.» : Duguit, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », in Revue du droit public et de la sociologie politique en France et à l'étranger, 1907, p. 427, cité in Didry, 2005, p. 92.
[192] Duguit, 1924, p. 760.
[193] Au final, pour Duguit, c'est moins le respect de la légalité formelle qui est le propre de l'Etat de droit et par suite de l'Etat légitime que la conformité de l'ensemble des actes étatiques avec le droit objectif, autrement dit, ce qui « légitime un gouvernement, (…) [c'est] seulement la conformité de ses actes au droit supérieur. » : Duguit, 1924, p. 745
[194] Duguit, 1924, p. 663.
[195] Redor, 1995, p. 89-90.

générale du droit, qui témoigne d'une profonde méfiance à l'égard du légicentrisme, et, plus radicalement encore, à l'égard du Parlement lui-même. Le rejet par Duguit de la notion d'acte de gouvernement ainsi que de la théorie de la délégation ne peuvent donc être expliqués par la seule volonté de défendre le contrôle juridique des actes commis par l'exécutif. Sans doute ne doit-on pas minimiser ces objectifs, par ailleurs très généralement conformes à la doctrine de l'époque, mais le rejet de la théorie de la délégation vise autant, selon nous, à défendre le possible contrôle juridique de l'ensemble des règlements produits par l'exécutif qu'à contester la « souveraineté » parlementaire :

> « Toute délégation implique, en effet, que celui qui la donne est titulaire d'un droit qu'il charge le délégué d'exercer en son nom. Or la compétence qui appartient à un organe n'est pas un droit subjectif de cet organe : le pouvoir législatif qui appartient au Parlement n'est pas un droit subjectif du Parlement. Si derrière l'exercice du pouvoir législatif existe un droit subjectif, c'est l'Etat qui en est titulaire, et non le Parlement. Celui-ci ne peut donc déléguer un droit subjectif qu'il n'a pas. »[196]

En d'autres termes, Duguit entend écarter l'idée d'après laquelle le Parlement est titulaire du pouvoir législatif – conformément à la théorie de Carré de Malberg, nous le verrons. De même, la théorie des règlements de nécessité ne peut être comprise que dans le cadre plus large de la théorie des règlements défendue par Duguit, dont nous avons montré combien elle fait des *« nécessités pratiques »* le principe d'une justification d'extensions toujours plus larges d'un pouvoir réglementaire dont Duguit considère qu'il est essentiellement contraire à l'esprit de la Constitution. De telle sorte qu'il est possible d'affirmer que la théorie des pouvoirs exceptionnels de Duguit procède du même effort à la fois contraire au légicentrisme et nettement favorable au développement de l'exécutif que l'on trouve aussi chez son grand adversaire, Maurice Hauriou. Certes, Duguit se méfie des thèses très autoritaires de Hauriou. Ainsi, pour Duguit, c'est moins la Constitution de 1875 qui pose problème[197] que le dogme même de la souveraineté législative, que les nécessités pratiques contraignent à abandonner. De même, s'il admet que le régime parlementaire bien compris « repose essentiellement sur l'égalité des deux organes de l'Etat, le parlement et le gouvernement »[198], il se refuse néanmoins à voir dans le pouvoir réglementaire du

---

[196] Duguit, 1924, p. 681.
[197] Duguit, 1928, p. 828.
[198] Duguit, 1928, p. 805.

président un effet de la fonction autonome de l'exécutif, que Duguit n'accorde pas[199]. Et Duguit n'est pas favorable à une réévaluation trop forte du pouvoir du Président. Enfin, le juriste bordelais écarte le principe d'un droit de légitime défense de l'Etat incompatible avec sa propre théorie réaliste de l'Etat, laquelle rejette toute explication usant de concepts subjectifs ou substantialiste, en particulier les notions de personnalité ou de souveraineté de l'Etat, dont la nature est nettement métaphysique selon lui[200]. Reste que, en admettant le principe d'un droit conditionnel de nécessité, Duguit n'est guère éloigné de la thèse de Hauriou, comme le souligne François Saint-Bonnet[201]. Une proximité que nous attribuons à leur objectif commun, lequel procède d'une même méfiance à l'égard de la domination du Parlement dans une société caractérisée par le pluralisme et les tensions sociales.

Nous allons voir dans ce qui suit que la lecture des thèses de Carré de Malberg portant sur les pouvoirs de nécessité nous permet de confirmer cette interprétation, en montrant que la véritable alternative qui s'est développée à l'encontre de toute théorie du droit de nécessité sous sa forme conditionnelle est due à la défense d'une conception rigoureusement formelle du droit, dont Carré de Malberg fait alors figure de représentant, et qui vise précisément à garantir la suprématie du législateur sur l'exécutif. Nous aurons alors à nous interroger sur le caractère apparemment ambigu des thèses du juriste strasbourgeois concernant les pouvoirs de crise qui, d'un côté, fait obstacle par son formalisme même à toute théorie du droit de nécessité, et, de l'autre, semble offrir les instruments d'un transfert relativement illimité de compétences législatives vers l'exécutif.

IV. La résistance ambigüe de Carré de Malberg.

La théorie de Carré de Malberg sur les pouvoirs de nécessité se caractérise par le rejet absolu de tout droit de nécessité, quand bien même il s'agirait d'un droit seulement conditionnel d'émettre des règlements de nécessité soumis à une validation ultérieure[202]. En effet, nous avons vu que Duguit, comme Hauriou, admet le caractère juridique des

---

[199] Pisier-Kouchner, 1972, p. 176.
[200] *Cf.* sur ce point Trigeaud, 2004, p. 21.
[201] Saint-Bonnet, 2001, p. 19.
[202] Nous verrons que Carré de Malberg admet, en revanche, une théorie politique de l'état de nécessité : son argumentation porte donc seulement ici sur le caractère juridique de tels règlements de nécessité.

règlements de nécessité qui seraient produits par l'exécutif en l'absence de tout fondement sur une loi constitutionnelle ou de toute habilitation législative. Mais, en outre, une partie de la doctrine de l'époque défend l'existence d'un droit inconditionnel de nécessité inhérent à l'existence même de l'Etat. C'est le cas en particulier de la théorie du juriste suisse Robert Hoerni :

> « De la nécessité découle donc pour l'Etat un droit qui lui permet de ne se laisser guider dans son activité que par sa libre appréciation des faits : c'est le droit de nécessité (Notrecht), engendré, comme tous les droits, par des faits, mais par des faits exceptionnels qui donnent un caractère exceptionnel au droit lui-même. »[203]

Un tel droit de nécessité s'inscrit ouvertement dans la tradition allemande du *Notrecht* tant décriée par les juristes français, en raison de l'absence de contrôle juridique qu'elle engage à l'égard de tous les actes commis par le gouvernement en se justifiant d'un tel droit. Et, effectivement, si ce droit n'est pas sans quelques conditions au demeurant assez floues[204], il conduit de fait à une complète inversion des rapports du droit et de la politique :

> « Les rapports entre le droit et la politique sont renversés : tandis que d'ordinaire la politique se meut dans les limites tracées par le droit, ici c'est le droit qui est plié aux exigences de la politique. »[205]

Certes, Hoerni souligne que des mesures qui pourraient être prises en vertu d'un tel droit sont soumises à une condition résolutoire, c'est-à-dire à la disparition de l'état de chose qui a amené la violation du droit. Et « l'effet des mesures prises en vertu du droit de nécessité ne peut plus être maintenu que si la violation du droit qui a eu lieu est approuvée par les organes compétents pour l'émission des règles de droit ». Néanmoins, il est clair que l'organe de l'Etat ou même n'importe lequel des individus qui aura usé du droit de

---

[203] Hoerni, 1917, p. 8.

[204] Hoerni relève ainsi deux conditions : « Il faut en premier lieu que, en présence d'une situation grave qui menace, d'une façon directe ou indirecte, de compromettre son existence normale, l'Etat ne trouve dans le droit en vigueur (Constitution, lois, etc.) aucun moyen de défense ». En seconde condition, Hoerni affirme qu'« il faut que les nouvelles règles de droit destinées à atténuer l'effet préjudiciable des événements ne puissent, étant donné les circonstances, être émises dans les formes prévues par le droit pour l'expression de volonté de l'Etat ». Deux conditions qui se résument dans la définition même que le juriste admet de l'état de nécessité : « Il y a état de nécessité en droit public lorsque, pour des raisons indépendantes de sa volonté, l'Etat se trouve dans l'impossibilité de se conformer aux formes régulières pour effectuer des modifications du droit positif reconnues indispensables à raison des circonstances ». Il est clair que, en vertu de l'absence d'un quelconque contrôle juridique ou politique de l'exercice d'un tel pouvoir, ces conditions sont destinées à demeurer dépendantes du bon vouloir de celui qui en usera. *Cf.* Hoerni, 1917, pp. 9-12.

[205] Hoerni, 1917, p. 12.

nécessité[206] se pose en juge de la situation concurremment avec les organes compétents, mis en situation d'impuissance. De telle sorte que le droit de nécessité peut être véritablement conçu comme un droit naturel inconditionnel appartenant en propre à l'Etat, dont n'importe quel organe ou même individu peut être amené à revendiquer l'usage[207].

Un tel droit de nécessité, quelles qu'en soient les formes ou les modalités d'application, est radicalement contraire aux thèses positivistes défendues par Carré de Malberg, pour lequel il n'existe pas d'autre droit que le droit positif. Mais, en outre, le juriste procède à une critique sévère de la thèse d'après laquelle les circonstances pourraient autoriser le gouvernement, d'un point de vue juridique, à prendre des décrets hors de ses attributions légales, quoique sous condition de validation ultérieure.

Pour le juriste, en effet, l'autorité administrative ne doit pas « seulement s'abstenir d'agir contra legem, elle est tenue encore de n'agir que *secundum legem*, c'est-à-dire en vertu d'habilitations légales »[208]. Or, pour Carré de Malberg, la loi n'admet de définition que formelle, à l'exclusion de toute définition matérielle ou de critère intrinsèque comme sa généralité. La thèse de la généralité de la loi, défendue par Duguit, mais aussi par Hauriou et par ailleurs assez communément admise[209], avait déjà fait l'objet de critiques sous l'Empire allemand. Ainsi, pour Laband comme pour Jellinek, la vertu protectrice de la loi ne vient pas de sa généralité, mais du fait qu'elle émane d'une autorité supérieure, ce qui empêche qu'une autorité inférieure ne puisse modifier les lois produites par l'Assemblée[210]. Néanmoins, pour la doctrine allemande, il existe également un sens matériel de la loi, où la loi peut être définie comme une règle de droit. En effet, la loi au sens matériel désigne « les règles pour l'établissement desquelles la Constitution exige, à raison de leur matière, l'emploi de la voie législative formelle »[211]. Et, selon Laband, nous l'avons vu, la Constitution exige que seul le législateur soit autorisé à modifier les règles de droit, c'est-à-dire les règles déterminant la situation personnelle des gouvernés, soit

---

[206] Hoerni, 1917, p. 16.
[207] « Le droit de nécessité est donc, à notre avis, un droit inhérent à l'existence de l'Etat. » : Hoerni, 1917, p. 16.
[208] Carré de Malberg, 1920, p. 489.
[209] Ainsi pour Barthélemy et Duez : « La loi doit être entendue au sens de règle de droit générale et impersonnelle, quel qu'en soit, d'ailleurs, l'auteur : c'est à la fois l'acte législatif voté par le Parlement et le règlement émané des autorités gouvernementales et administratives. » : Barthélemy et Duez, 1926, p. 195.
[210] Carré de Malberg, 1920, p. 294.
[211] Carré de Malberg, 1920, p. 300.

dans leur relation réciproque, soit dans leur rapport avec l'Etat[212]. Or le juriste strasbourgeois conteste l'interprétation de l'article 62 de la Constitution impériale rendue par Laband et Jellinek[213], car l'article ne fixant pas de domaine réservé à la législation, il est nécessaire d'admettre que seul le législateur peut le déterminer[214].

Une telle définition matérielle de la loi avait, certes, permis, comme le reconnaît Carré de Malberg, de mettre les libertés individuelles hors de portée d'une simple ordonnance administrative. Mais elle avait également fondé l'indépendance du monarque, qui, pour toutes les autres règles que les règles de droit, avait « conservé le pouvoir constitutionnel de les édicter par lui seul sous forme d'ordonnance »[215]. Cette définition matérielle de la loi déjà contestable dans le droit allemand, et qui repose au final sur la structure monarchique du pouvoir, doit donc être selon Carré de Malberg radicalement écartée dans le droit français[216].

La nature du pouvoir législatif est effectivement réglée, dans le droit français, par l'article premier de la Constitution de 1875, qui déclare que ce pouvoir « s'exerce par deux assemblées, la Chambre des députés et le Sénat ». En vertu de la Constitution même, la loi ne peut donc être définie ni par sa matière ni par sa nature, mais elle est seulement la règle produite dans les formes requises par l'organe chargé de sa création :

> « La loi, c'est d'abord toute décision émanant des Assemblées législatives et adoptées par elles en forme législative. C'est là assurément une définition purement formelle. Quant au fond, la loi (au sens de la Constitution) ne se caractérise, ni par sa matière, ni par la nature intrinsèque de ses prescriptions. Le domaine de la loi est en effet illimité. »[217]

Mais la loi n'étant rien d'autre que la règle produite par l'Assemblée[218], il est par suite exclu de considérer que le règlement puisse être conçu comme une loi d'un quelconque point de vue que ce soit : tout règlement ne peut être défini que par son organe d'édiction, l'exécutif, ainsi que par la stricte hiérarchie qui lie les deux organes, ainsi que le règlement à la loi. Dans ce cadre, il est clair que nul règlement ne peut être produit par l'exécutif si ce

[212] Carré de Malberg, 1920, p. 301.
[213] Cette même doctrine d'après laquelle seule une loi formelle peut toucher aux droits individuels est également défendue par Duguit, Hauriou et, en Allemagne, par Anschütz. Carré de Malberg, 1920, p. 306-308.
[214] Carré de Malberg, 1920, p. 311.
[215] Carré de Malberg, 1920, p. 315.
[216] Carré de Malberg, 1920, p. 314.
[217] Carré de Malberg, 1920, p. 327.
[218] « De même que le Corps législatif peut seul faire une loi, de même aussi est loi tout ce que fait, en y mettant la forme législative, le Corps législatif. » : Carré de Malberg, 1931, p. 23.

n'est en application d'une loi constitutionnelle ou d'une habilitation législative antérieure, de même que nul acte ne peut être accompli par le gouvernement si ce n'est en vertu d'une autorisation légale.

En effet, à l'instar de l'ensemble de la doctrine de l'après-guerre, Carré de Malberg rejette l'ancienne théorie des actes de gouvernement qui place « le critérium de l'acte de gouvernement dans les mobiles politiques dont il s'inspire, et [conduit] par suite, à dire qu'un acte, qui est en soi arbitraire, c'est-à-dire qui n'est pas autorisé par les lois, peut devenir légitime et inattaquable, lorsqu'il a été fait, à titre d'acte de gouvernement, dans un but de sûreté politique ou de sauvegarde des intérêts supérieurs de l'Etat »[219]. Certes, et comme le soutient Hauriou, l'administration se distingue bien du gouvernement en vertu de la Constitution, et il est possible d'admettre que certains actes gouvernementaux soient affranchis d'une habilitation législative et accomplis en vertu d'un pouvoir de libre initiative – tel est le cas en particulier des actes diplomatiques ou des actes portant sur le rapport du Président et des Chambres. Reste que ces deux fonctions demeurent des fonctions générales d'*administration* qui s'exercent toujours en vertu d'une règle de droit[220], c'est pourquoi de tels actes ne sortent en aucun cas de la légalité comme le veut Hauriou ou la théorie de la libre activité de l'autorité administrative défendue par Jellinek. Ainsi, par exemple, dans l'état de siège, le Président agit en vertu de la loi du 3 avril 1878, et donc en exécution d'une loi :

> « Sans doute, l'état de siège est un régime exorbitant du droit commun et qui a pour effet d'imposer aux citoyens de graves restrictions à l'exercice de leurs libertés ordinaires ; mais il n'en demeure pas moins vrai qu'en déclarant l'état de siège dans les cas et sous les conditions prévues par la loi du 3 avril 1878 (art. 2 et 3), le Président ne fait qu'user d'un pouvoir légal et n'accomplit par conséquent qu'un acte exécutif. »[221]

La notion d'acte de gouvernement reconnue par Carré de Malberg ne recouvre donc qu'une très faible partie des actes énumérés par Hauriou, et ne désigne que les actes que la Constitution autorise explicitement l'exécutif à produire.

En outre, bien loin de pouvoir se déduire de la fonction propre de l'exécutif, ces actes sont limités par la Constitution, de telle sorte que l'exécutif ne dispose d'aucun pouvoir arbitraire :

---

[219] Carré de Malberg, 1920, p. 530.
[220] Carré de Malberg, 1920, p. 524.
[221] Carré de Malberg, 1920, p. 526.

> « En ce qui concerne le législateur, la Constitution lui reconnaît en réalité un pouvoir indéfini, soit quant aux décisions qu'il pourra prendre, soit quant aux objets auxquels pourra s'étendre son activité. L'acte de gouvernement, au contraire, alors même qu'il a un caractère discrétionnaire, ne repose point sur un pouvoir illimité, mais il est fait en vertu d'une autorisation constitutionnelle spéciale visant un objet déterminé ou une catégorie particulière d'attributions. »[222]

Carré de Malberg distingue donc nettement le pouvoir illimité du législateur du pouvoir limité de l'exécutif agissant au moyen d'une autorisation légale, tout en soulignant le rapport hiérarchique qui lie les deux organes. Car, même en l'absence de moyens juridiques permettant un recours individuel contre les actes de gouvernement, « l'autorité exécutive est subordonnée, même dans l'exercice de ses prérogatives gouvernementales, au contrôle supérieur du Parlement et aux responsabilités qui pèsent sur les ministres » [223].
Ainsi, contre la théorie des actes de gouvernement développée par Hauriou, Carré de Malberg exclut que l'exécutif puisse détenir en propre le pouvoir d'agir dans certains domaines qui lui seraient réservés en vertu d'un compromis passé entre le pouvoir exécutif et le juge administratif, qui laisseraient certains actes hors de tout contrôle juridique. Et, contre l'argumentation défendue par Duguit, le juriste se refuse à faire de la violation d'un supposé principe matériel de légalité le fondement du rejet de la théorie des actes de gouvernement. Pour Carré de Malberg, le principe de légalité ne peut être défini que formellement, et il exclut à la fois la théorie des actes de gouvernement et la théorie des règlements de nécessité admise, non sans nuances, aussi bien par Hauriou que par Duguit.
En effet, pour Carré de Malberg, nul règlement ne peut se soustraire au principe de légalité formel, mais, en outre, c'est la loi qui détermine les limites de la réglementation :

> « A cette supériorité de la règle législative correspond, d'autre part, la subordination du règlement à la loi : le règlement ne peut se mouvoir que dans les limites de la loi ; bien plus, l'activité réglementaire ne peut s'exercer qu'en exécution des lois ; à plus forte raison, le règlement ne peut-il ni contredire des lois existantes ni y déroger ; enfin, la règle établie par un règlement est à la merci de la loi, qui peut toujours la méconnaître en y dérogeant, et la modifier ou l'abroger. »[224]

Autrement dit, parce que tout règlement n'est jamais que l'exécution d'une loi antérieure, l'exécutif ne peut être autorisé à prendre des règlements hors de toute habilitation

[222] Carré de Malberg, 1920, p. 533.
[223] Carré de Malberg, 1920, p. 546-547.
[224] Carré de Malberg, 1920, p. 336-337.

législative ou constitutionnelle – et, par suite, encore moins à émettre un règlement suspendant ou dérogeant aux lois en vigueur. C'est pourquoi, à l'encontre de la théorie de Hauriou d'après laquelle tous les règlements expriment toujours la volonté propre du gouvernement, Carré de Malberg récuse que le règlement soit autre chose qu'un règlement d'*exécution* :

> « Il résulte de là qu'il n'existe en droit français aucun domaine de réglementation dans lequel puisse s'exercer librement l'initiative propre du chef de l'Exécutif : en quelque matière que ce soit, le règlement présidentiel ne peut intervenir qu'autant qu'il se rattache à une loi antérieure dont il forme l'exécution. » [225]

Certes, Carré de Malberg admet que le Président ne dispose pas d'un pouvoir seulement *« servile »* d'exécuter des lois[226], néanmoins l'ensemble de ses actes doit toujours être accompli en exécution d'une disposition légale ou constitutionnelle. Par suite, il n'existe pas de « collaboration » entre l'exécutif et de Parlement, au sens où l'entend Hauriou : le pouvoir réglementaire dont dispose le Président en vertu de la Constitution n'est pas une prérogative de type monarchique[227], mais il se fonde toujours sur une permission légale ou constitutionnelle[228]. En d'autres termes, contrairement au législatif, qui dispose d'un pouvoir propre de création du droit, l'exécutif ne détient jamais qu'un pouvoir dérivé, soit qu'il soit issu d'une habilitation constitutionnelle, soit qu'il provienne d'une habilitation législative :

> « Toutefois, si larges que soient les capacités ainsi déférées à l'Exécutif, et alors même qu'elles sembleraient s'analyser en de véritables pleins pouvoirs, il reste toujours à observer que la puissance qui se trouve contenue en elles n'a point les caractères d'une puissance primaire, initiale ou spontanée : elle ne repose point sur la propre force créatrice de l'autorité exécutive. (…) Cette puissance ne consistera jamais qu'en une compétence d'attribution. »[229]

A l'encontre de la théorie de Hauriou qui défend l'indépendance de l'exécutif à l'égard du législatif et qui fait des règlements administratifs l'expression de la volonté propre de l'exécutif, le juriste strasbourgeois écarte donc la thèse d'après laquelle le Président disposerait d'un pouvoir réglementaire qui lui appartient en propre, précisément parce qu'il

[225] Carré de Malberg, 1920, p. 316-317.
[226] Carré de Malberg, (1931), 1984, p. 31.
[227] Carré de Malberg, 1931, p. 70.
[228] Carré de Malberg, 1931, p. 77.
[229] Carré de Malberg, (1931), 1984, p. 32.

ne détient jamais ses pouvoirs que de la Constitution ou d'une habilitation légale contrairement, nous le verrons, au législatif qui dispose du pouvoir de modifier la Constitution elle-même.

Mais, en outre, toute loi n'a de force qu'à raison de son édiction par le législateur, et non en vertu de principes supérieurs, c'est pourquoi nulle interprétation hiérarchique des dispositions constitutionnelles n'est jamais possible. Contre Hauriou, Carré de Malberg rejette donc toute « théorie qui prétend distinguer, dans l'acte constitutionnel, des textes dont les uns seraient destinés à exercer un empire prépondérant et absolu, tandis que les autres n'auraient qu'une valeur subalterne et conditionnelle, [théorie qui] paraît en soi bien aventureuse »[230]. Les mesures prises par le gouvernement pendant la guerre sont donc de pures et simples violations du droit, et l'interprétation du Conseil d'Etat doit être comprise comme une lecture abusive de la Constitution[231]. Pourtant, le juriste admet que la violation des règles juridiques puisse être admissible en situation de crise *d'un point de vue politique* :

> « Plutôt que de se dépenser ainsi en vains efforts pour démontrer la possibilité d'un "droit" étatique, existant en marge et même à l'encontre du droit véritable, ne ferait-on pas mieux de reconnaître simplement qu'il est des cas où le droit organique de l'Etat est condamné à subir une éclipse ou un refoulement, parce que ses prescriptions ne fournissent pas toujours et indéfiniment des moyens réguliers permettant de faire face à toutes les éventualités et parce que les faits sont parfois plus forts que les principes constitutionnels ? »[232]

En d'autres termes, si l'Assemblée refuse de donner au gouvernement les moyens de son action, ou si l'urgence fait obstacle à la création d'une loi adaptée à la situation, l'exécutif peut recourir à des moyens illégaux. Mais, en dépit des justifications politiques de tels actes que l'exécutif ne manquera pas de produire, les mesures demeurent illégales tant qu'elles n'ont pas fait l'objet d'une ratification du Parlement. Carré de Malberg opte donc pour une théorie *politique* de l'état de nécessité[233], qui diffère peu sous cet aspect de celle

[230] Carré de Malberg, 1920, p. 613, note de bas de page.
[231] Carré de Malberg, 1920, p. 350.
[232] Carré de Malberg, (1920) 2004, p. 620, note.
[233] Cette position qui consiste à la fois à défendre une stricte conception formelle du droit tout en admettant une théorie politique de l'état d'exception est adoptée par bien d'autres juristes positivistes. Ainsi Barthélémy et Duez soutiennent-ils que la « théorie de l'état de nécessité n'est pas une théorie juridique, mais seulement une théorie politique qui, dans les rapports du Parlement et du Gouvernement, rend l'illégalité excusable. » : Barthélémy et Duez, 1926, p. 237.

proposée par Jellinek[234], et dont l'objectif est de maintenir dans sa rigueur le contrôle du Parlement et du juge sur l'ensemble des mesures accomplies par le gouvernement sous sa propre responsabilité. Mais Carré de Malberg ne se contente pas de dénoncer le caractère illégal des actes de gouvernement ainsi que de tout règlement de nécessité : il en accuse en outre la nature *antidémocratique*.

En effet, et comme le souligne Eric Maulin, l'ensemble de la théorie de Carré de Malberg doit être éclairée à la lumière de son objectif politique républicain[235], qui le conduit à développer des thèses divergeant sensiblement de la doctrine dominante. Effectivement, à l'encontre de la méfiance qui prévaut à l'époque à l'égard de la révolution et du droit constitutionnel révolutionnaire, considéré le plus souvent comme la source potentielle d'une forme d'absolutisme démocratique, Carré de Malberg s'efforce au contraire d'inscrire la théorie juridique de l'Etat moderne dans la tradition révolutionnaire française[236]. Pour le juriste, qui voit dans les textes fondamentaux de la Constitution primitive de 1791 les véritables « sources constitutionnelles de la loi »[237], il faut rechercher l'origine du concept de loi dans le principe révolutionnaire de la souveraineté nationale et surtout dans l'idée d'après laquelle la loi est l'expression de la volonté générale. L'Assemblée étant le seul organe de représentation de la Nation, toute décision de l'Assemblée équivaut à une décision du corps des citoyens[238] :

> « (…) le Parlement est, en somme, seul à représenter la nation, dans lequel aussi il acquiert, à la faveur de l'idée que par lui s'exprime la volonté générale, une véritable suprématie (…) [et] finit par ne faire qu'un avec le souverain. »[239]

Certes, l'Assemblée nationale se contente de fixer le contenu de la volonté générale, car la force obligatoire du commandement ne vient jamais que de l'obligation que les citoyens se font de le respecter, conformément à la thèse d'après laquelle seule la Nation est souveraine, et non le Parlement. Néanmoins, en vertu de ce fondement révolutionnaire, le pouvoir législatif devient le titulaire concret de la souveraineté, que nul organe ne peut

---

234 Sur ce point, nous suivons la lecture de Lamarque, qui s'oppose à l'idée communément reçue d'après laquelle Jellinek défendrait l'idée d'un droit de nécessité fondé sur l'intérêt propre et arbitraire de l'Etat. Lamarque, 1961, p. 567. On peut voir par exemple sur ce point la lecture virulente de Jean Raïcu sur la doctrine allemande. Raïcu, 1933, p. 215 et suivantes.

235 Maulin, 2003, p. 264.

236 C'est ce dont témoigne en particulier son important ouvrage de 1913, *La Loi, expression de la volonté générale*. *Cf.* Maulin, 2002, p. 2.

237 Carré de Malberg, Carré de Malberg (1931), 1984, p. 16.

238 Carré de Malberg (1931), 1984, p. 26.

239 Carré de Malberg (1931), 1984, p. 21.

prétendre lui contester sans porter atteinte à la démocratie. Ce qui permet ensuite d'éclairer les thèses positivistes du juriste qui, par sa définition rigoureusement formelle de la loi, par la stricte hiérarchie de la loi et du règlement qu'elle implique, et par la relativisation de la hiérarchie de la loi et de la Constitution, vise toujours à garantir la suprématie organique du Parlement[240].

C'est dans ce cadre qu'il est possible de saisir la portée de la dénonciation du caractère antidémocratique des règlements de nécessité, ainsi que des actes de gouvernement. En effet, le juriste souligne que la condition essentielle du principe démocratique, « au point de vue juridique aussi bien qu'au point de vue politique », est « que le peuple y forme l'organe suprême de l'Etat ». Or, dans une démocratie, « les lois sont l'œuvre, sinon du peuple lui-même, de l'ensemble des citoyens, du moins de l'autorité qui se rapproche le plus du peuple, à savoir l'assemblée élue par les citoyens actifs »[241], de telle sorte que tout règlement produit hors d'une quelconque habilitation légale et agissant en outre *contra legem* n'est pas seulement illégal et contraire à l'Etat de droit, mais il est en outre nécessairement aussi antidémocratique, au sens où il constitue une *spoliation du pouvoir législatif*.

Mais, en outre, précisément parce que le législateur est le représentant de la Nation, son pouvoir se déduit moins de la Constitution qu'il n'en est l'origine, de même qu'il est la source de toute loi ordinaire, relativisant ainsi la hiérarchie de la loi et de la Constitution. Par suite, le juriste identifie l'acte opérant une dérogation ou une suspension de la Constitution à un acte de révision constitutionnelle[242] :

> « Toutefois, il convient d'observer que cette suspension momentanée implique, au fond, un changement apporté à l'ordre constitutionnel en vigueur : cet ordre constitutionnel se trouve mis de côté pour un temps, c'est-à-dire dans une certaine mesure et, par conséquent aussi, pour partie. »[243]

Une suspension momentanée de la Constitution n'est donc pas seulement une violation du principe de légalité, mais une *spoliation du pouvoir constituant.* En d'autres termes, parce que toute loi, qu'elle soit constitutionnelle ou ordinaire, est l'expression de la volonté

---

[240] *Cf.* Maulin, 2003, p. 269.
[241] Carré de Malberg, 1920, p. 350.
[242] « L'acte qui vient de suspendre la constitution équivaut ainsi à l'acte qui opère une révision partielle : les deux actes sont bien de même nature, ils supposent chez leur auteur le même pouvoir ». Carré de Malberg, 1920, p. 611, note de bas de page.
[243] Carré de Malberg, 1920, p. 611, note de bas de page.

générale, nul règlement ne peut porter atteinte au principe de légalité sans attaquer la volonté de la Nation elle-même ; et la préservation inconditionnelle de la hiérarchie organique du législatif sur l'exécutif, ainsi que de la loi sur le règlement équivaut à une ferme défense de la République et de la démocratie. C'est pourquoi, si la théorie des règlements de nécessité est déjà douteuse dans le cadre d'une monarchie constitutionnelle qui ne le permet pas en vertu de sa Constitution, elle est inacceptable dans une démocratie :

> « En accordant au monarque le pouvoir d'édicter, par lui seul et sans le secours du Parlement, des ordonnances de nécessité, les Constitutions des Etats allemands ne font, après tout, que renforcer le pouvoir d'un chef de l'Etat, qui est normalement déjà, d'après le droit constitutionnel établi dans ces pays, l'organe suprême, capable d'émettre la volonté étatique la plus haute : il se produit ainsi un accroissement exceptionnel et momentané de puissance au profit du monarque, mais il n'y a pas de changement dans la qualité en laquelle le monarque exerce son pouvoir. Bien différente est la théorie du *Notverordnung* dans la démocratie : là, il ne s'agit de rien de moins que de déposséder le peuple de sa puissance constitutionnelle. »[244]

Ainsi, les thèses positivistes de Carré de Malberg ne peuvent être saisies qu'à la lumière de son objectif politique qui vise à défendre la République et la démocratie, et où, en vertu de son pouvoir d'exprimer la volonté nationale, l'Assemblée doit être conçue comme l'organe suprême de l'Etat. C'est bien pourquoi le rejet par Carré de Malberg des théories de Hauriou et de Duguit doit être mis au compte d'une défense de la « souveraineté parlementaire », de même, inversement, que l'adoption par Hauriou et Duguit de leurs théories des pouvoirs exceptionnels est l'instrument d'une lutte contre le principe même d'une telle souveraineté. Néanmoins, nous allons voir que, non sans un apparent paradoxe, la conception formelle du droit de Carré de Malberg autorise également un transfert quasiment illimité de l'activité législative vers l'exécutif.

Dès le début du siècle, nous l'avons vu, la doctrine admet très généralement qu'un règlement édicté par l'exécutif puisse toujours faire l'objet d'un recours juridique ; de même, elle écarte la notion de *transfert* du pouvoir législatif vers l'exécutif, encore employée à la fin du XIXe siècle. Enfin, sur la question des limites matérielles apportées à de telles « délégations », la doctrine admet généralement que le principe de la séparation des pouvoirs, d'une part, et la définition matérielle de la loi, d'autre part, limitent le

[244] Carré de Malberg (1920 et 1922), 2004, note, p. 619.

pouvoir réglementaire issu d'une habilitation[245]. Mais Carré de Malberg rejette précisément toute définition matérielle de la loi et cède au législatif le pouvoir de décider « souverainement » des limites du pouvoir réglementaire.

En effet, à l'encontre des théories défendant le caractère limité d'un point de vue matériel des habilitations permises par la Constitution, Carré de Malberg objecte que la Constitution de 1875 ne délimite pas la sphère d'activité régulatrice réservée au Parlement : elle semble au contraire avoir fait du législateur une « sorte de pouvoir constituant »[246]. Dans ce cadre, quoique « sous la condition de se fonder sur une loi qu'il exécute, c'est-à-dire moyennant une habilitation consacrée par un texte législatif, le règlement peut adopter toute espèce de mesure, il peut faire tout ce qu'aurait pu faire la loi elle-même »[247]. Autrement dit, parce qu'il n'existe aucune définition matérielle de la loi, l'Assemblée peut autoriser l'exécutif à émettre des règlements sur *n'importe quelle matière*. Or, contrairement au pouvoir administratif qui ne peut déroger aux lois, ni même à ses propres règlements, l'Assemblée peut à la fois modifier ses lois *et* « apporter, par voie de mesure singulière et exceptionnelle, des dérogations aux règles générales qu'il a précédemment posées »[248]. C'est pourquoi elle peut également autoriser l'exécutif à produire des règlements qui modifient ou dérogent provisoirement ou non aux lois en vigueur :

> « Pour les mêmes motifs, les lois qui chargent le Président de faire un règlement peuvent l'autoriser à apporter par décret des changements ou des exceptions à la législation existante, comme aussi à modifier le droit légal applicable aux citoyens et à imposer à ceux-ci des obligations nouvelles. »[249]

Autrement dit, en vertu de sa théorie du droit légicentriste, Carré de Malberg est conduit à faire de la délimitation du pouvoir réglementaire une question légale[250] : l'Assemblée dispose seule du pouvoir de déterminer l'extension de ce dernier. Or cette thèse possède deux implications, qui ne sont pas dénuées de tensions. Car, d'un côté, le pouvoir réglementaire se voit strictement soumis à la loi dont il émane ainsi qu'au contrôle

---

245 C'est évidemment le cas de Hauriou et de Duguit, mais également de Barthélemy et Duez par exemple. *Cf.* Barthélemy et Duez, 1926, pp. 195-196.
246 Carré de Malberg (1920 et 1922), 2004, note, p. 599.
247 Carré de Malberg, 1920, p. 625.
248 Carré de Malberg, 1920, p. 365.
249 Carré de Malberg, 1920, p. 630.
250 « En somme, il résulte du silence gardé par la Constitution de 1875 sur la matière respective de la loi et du règlement, qu'il dépend du Parlement de déterminer, par ses lois d'habilitation, soit les objets qui pourront être traités par la voie réglementaire, soit aussi l'importance et l'étendue des mesures qui, sur chacun de ces objets pourront être édictées par des décrets présidentiels. » : Carré de Malberg, 1931, p. 88.

juridique toujours possible des règlements émis[251]. Et le juriste écarte donc vigoureusement la thèse d'après laquelle il pourrait s'agir d'un *transfert* du pouvoir législatif vers l'exécutif, selon la qualification du Conseil d'Etat dans son jugement de 1907 – qui admet pourtant le contrôle juridique de ces règlements[252]. Car le Parlement « garde intact par devers lui, nonobstant toute habilitation, la faculté de faire, sur les objets qu'a pu légalement régler l'Exécutif, des lois qui primeront tous décrets antérieurs »[253].

Mais, de l'autre côté, il n'existe pas de limites matérielles à l'extension de telles lois d'habilitation, en particulier en situation de crise. Certes, l'Assemblée demeure liée par la Constitution qui n'autorise pas le *transfert* du pouvoir législatif et ne permet pas à l'exécutif de modifier la Constitution, alors même que l'Assemblée ne dispose d'un tel pouvoir que sous des conditions très restrictives. Et, par suite, « ce que les Chambres ne sauraient faire sans modifier la Constitution et sans se transformer elles-mêmes en organes constituant, ce que la Constitution ne leur permet pas de faire, ce serait de décider que les actes réglementaires du Président de la République vaudront comme lois, qu'ils auront la force et l'autorité d'actes législatifs ; car ceci serait véritablement une délégation de puissance législative et, de la part du Parlement, une emprise sur le pouvoir constituant »[254]. Les règlements peuvent donc porter sur toute matière législative et peuvent déroger à une loi antérieure si une loi d'habilitation le leur permet, mais ils ne peuvent jamais porter atteinte à une quelconque loi constitutionnelle sans s'arroger indûment le pouvoir constituant – ce qui lui permettrait d'ailleurs, souligne Carré de Malberg, de « congédier le Parlement »[255].

Mais, en outre, la disposition constitutionnelle d'après laquelle le gouvernement ne détient qu'un pouvoir d'exécution des lois contient, selon le juriste, le principe d'une limitation de telles lois[256] :

> « En effet, pour que le rapport entre l'acte habilité et la loi d'habilitation reste un rapport de nature exécutive, il faut que cette loi ait fixé, avec une précision suffisante, l'objet et l'étendue des

[251] Carré de Malberg, 1920, p. 631.
[252] « Qui dit puissance législative en droit français, dit puissance libre, large, quasi indéfinie. (…) Le fait même qu'il ne peut rien décréter au-delà des autorisations que lui a implicitement ou explicitement accordées la loi à laquelle le règlement fait suite, suffit à prouver que ce règlement est un acte, non de puissance législative, mais bien d'exécution des lois et par conséquent de puissance administrative. » : Carré de Malberg, 1920, p. 634.
[253] Carré de Malberg, 1931, p. 79.
[254] Carré de Malberg, 1920, p. 631.
[255] Carré de Malberg (1920 et 1922), 2004, note, p. 615.
[256] « La Constitution témoigne qu'elle a obéi, en ce qui concerne la détermination des facultés de l'Exécutif, à un principe capital, celui de la spécialité des habilitations. » : Carré de Malberg, 1931, p. 36.

> compétences qui pourront être exercées par l'Exécutif. Or il n'y aura précision suffisante qu'autant que la loi d'habilitation aura spécifié soit la matière sur laquelle elle autorise l'Exécutif à prendre toutes mesures qu'il jugera utiles, soit un certain genre de mesures qu'il pourra prendre en toutes matières et à toutes fins utiles. »[257]

En vertu du rapport hiérarchique qui lie l'exécutif au législatif, nulle loi d'habilitation ne doit être produite qui ne délimite la matière ou la nature des mesures autorisées. Mais un tel principe de limitation n'est pas sans une apparente contradiction avec la toute-puissance de l'Assemblée. Et, surtout, il ne s'agit pas d'une limite constitutionnelle susceptible d'un contrôle juridique, mais bien davantage d'une limite politique que l'Assemblée se doit de respecter. Car, comme le souligne Otto Pfersmann, en accordant une place centrale à la croyance politique d'après laquelle la supériorité hiérarchique de la loi provient de ce qu'elle exprime la volonté générale, Carré de Malberg « élimine par là-même toute référence à une supériorité normative de la Constitution (…) au bénéfice d'une "hiérarchie d'organes" ou, en termes encore plus obscurs, de "pouvoirs publics". »[258]

Et, en effet, il est possible de mettre en doute, comme le fit Charles Eisenmann[259] ainsi que Eric Maulin à sa suite, que la définition de la loi défendue par Carré de Malberg soit bien strictement formelle ; car « le concept révolutionnaire de loi [définit] l'acte législatif à raison de sa puissance »[260], c'est-à-dire de la « la force qui lui est propre »[261], et non par sa validité, issue d'une analyse logique des formes juridiques. C'est pourquoi, pour Eisenmann, la théorie des fonctions n'est en fait qu'une théorie des pouvoirs[262], qui doit être nettement distinguée de la théorie normativiste de Kelsen pour lequel la validité d'une norme juridique dépend toujours d'une norme juridique supérieure, et non de son organe de création. Car le pouvoir législatif se déduit moins de la Constitution qu'il n'est la

---

[257] Carré de Malberg, 1931, p. 37.
[258] Pfersmann, 1997, p. 322.
[259] Eisenmann, 1966, p. 57.
[260] Maulin, 2003, p. 256.
[261] Cette puissance « consiste, dans tous les cas en ce que la décision, règle générale ou mesure particulière, décrétée à titre législatif, s'impose avec une force supérieure, non seulement aux sujets de l'Etat, mais encore à toutes les autorités étatiques autres que le législateur lui-même, en tant que ces autorités sont tenues, d'une part, d'exécuter la loi et que, d'autre part, elles ne peuvent aucunement la contrarier. » : Carré de Malberg, 1920, p. 328.
[262] Eisenmann, 1966, p. 65.

puissance propre du législateur[263], qui provient du fait qu'il exprime la volonté nationale[264] :

> « D'où, en effet, le Parlement actuel pourrait-il tirer cette puissance initiale, d'essence souveraine, qui fait de lui le libre ordonnateur des compétences et en dehors de laquelle il ne reste place que pour l'exécution des lois, si ce n'est du concept révolutionnaire qui voyait dans la Législature la représentation même du souverain, c'est-à-dire de la nation et, en celle-ci, de la totalité des citoyens qui la composent ? »[265]

Le principe d'une hiérarchie normative se voit donc écarté au profit d'une hiérarchie organique, en raison de la place accordée par le juriste à une croyance politique qui fonde l'ensemble de son système. Et, comme le souligne en le critiquant Eric Maulin, une telle théorie « finit par consacrer non la représentation de la nation souveraine, mais la souveraineté de la représentation nationale, hypallage qui débouche sur le parlementarisme absolu que dénoncera l'auteur dans son ouvrage consacré à la IIIe République, dans lequel il démontre que, si le fondement de la force obligatoire de la loi est l'expression de la volonté générale, cette expression est cependant monopolisée par un organe de production qui ne représente plus la nation réelle »[266]. Dans ce cadre, les deux éléments supposés limiter l'extension des lois d'habilitation apparaissent être extrêmement fragiles, puisque, en dernier ressort, c'est bien l'Assemblée, mise en position de pouvoir souverain, qui décide unilatéralement de l'extension du pouvoir réglementaire, et l'on ne voit pas au sein d'une telle théorie ce qui empêcherait, non sans paradoxe, la « délégation » totale de l'activité législatrice. De telle sorte que là même où la théorie positiviste de Carré de Malberg semblait préserver le cadre de la légalité et la démocratie en soumettant le règlement à la loi et l'exécutif au législatif, elle peut paradoxalement aussi autoriser ce que le juriste strasbourgeois se refuse à qualifier de transfert du pouvoir législatif, mais qui pose bien néanmoins la question des limites du pouvoir réglementaire de l'exécutif fondé sur une habilitation générale. En d'autres termes, en l'absence de toute limitation substantielle ou d'une stricte hiérarchie formelle des normes, le principe des lois

---

[263] « De là la conséquence que tout décret du Corps législatif prenait, du seul fait qu'il émanait de l'assemblée représentant le peuple, la valeur et la force supérieures qui s'attachent à la volonté générale et souveraine. » Carré de Malberg (1931), 1984, p. 24.

[264] C'est ce que souligne E. Maulin : « Le législateur ne détient pas seulement une compétence constitutionnelle, mais une puissance intimement liée à la fonction représentative qu'il exerce : produire initialement la volonté nationale. » : Maulin, 2003, p. 260.

[265] Carré de Malberg (1931), 1984, p. 46.

[266] Maulin, 2002, p. 13. *Cf.* également Pfersmann, 1997, p. 321.

d'habilitation peut sembler, en dépit de sa rigidité formelle, plus dangereux encore pour les libertés, mais aussi pour la démocratie, que ne l'est l'admission d'un droit d'exception.
Mais une telle conclusion procède d'une approche strictement juridique de la question, approche qui n'est pas celle de Carré de Malberg. Car, pour le juriste, c'est le *rôle politique* du Parlement de refuser de trop larges habilitations qui reviendraient à reconnaître son inaptitude. En situation de crise ou de guerre, ces habilitations permettent une adaptation à la situation sous contrôle du Parlement, mais il appartient toujours au Parlement de maintenir sa domination sur ces pouvoirs. C'est pourquoi il ne nous semble pas, comme l'affirme Eric Maulin que le juriste s'oppose généralement aux lois de pleins pouvoirs[267]. Une telle opposition eut d'ailleurs impliqué un rejet plus général des lois d'habilitation. Or, si Carré de Malberg fait le constat de l'augmentation de ces lois, il y voit l'effet propre de l'augmentation de l'activité de l'Etat ainsi qu'une nécessité technique, conformément à l'argumentation généralement admise par la doctrine de l'époque :

> « Quant aux influences qui poussent les assemblées à s'en remettre de plus en plus au règlement, et spécialement au règlement d'administration publique, elles tiennent à des causes multiples. C'est d'abord le phénomène, maintes fois signalé (…) de l'accroissement si considérable de la réglementation étatique : ne pouvant, à lui seul, suffire à cette réglementation, devenue si abondante et si minutieuse, le Parlement a dû, dans des cas sans cesse plus nombreux, faire appel au pouvoir réglementaire du chef de l'Exécutif et se décharger sur ce dernier de tâches qu'il ne parvenait point à remplir lui-même. D'autre part, il y a dans la réglementation contemporaine, à raison même de son développement minutieux, certains détails techniques, dont la fixation exige des connaissances professionnelles que le Parlement ne possède qu'imparfaitement ; il est donc naturel de remettre l'élaboration de ces règles spéciales aux agents et bureaux administratifs compétents : ceux-ci prépareront un projet de règlement, qui sera ensuite décrété par le chef de l'Exécutif. »[268]

Si de telles lois, comme les lois de pleins pouvoirs, ne posent donc pas véritablement de problème pour Carré de Malberg, c'est en raison du caractère très politique de sa thèse, qui cède au Parlement une mission qui tient de sa *responsabilité politique*, et non d'un contrôle juridique : le contrôle des pleins pouvoirs par le Parlement est une véritable question politique, qui caractérise en propre la démocratie. De telle sorte que les conséquences de la

[267] « L'auteur s'oppose ainsi nettement au transfert des pleins pouvoirs du Parlement au chef de l'Etat (juridiquement), au gouvernement (politiquement). » : Maulin, 2003, p. 331.
[268] Carré de Malberg, 1920, p. 624.

théorie de Carré de Malberg sont moins les suites indésirables de son positivisme ambigu, que *l'effet assumé d'une théorie du droit foncièrement politique*.

Néanmoins, le juriste engage bien une certaine critique du légicentrisme dans son ouvrage de 1931, et l'on peut se demander si, conformément à la lecture retenue par bien des commentateurs, le juriste strasbourgeois n'a pas fait peu à peu le constat de ses dangers inhérents. Ainsi, pour René Capitant, d'après lequel la pensée de Carré de Malberg a fait l'objet d'une importante évolution jusqu'en 1931, la critique développée dans l'ouvrage de 1931 à l'encontre du parlementarisme absolu est l'effet du passage d'une démarche descriptive, qui n'aurait fait que le constat du système juridique de la IIIe République, à une démarche prescriptive visant à « libérer sa conscience »[269]. Car, pour Capitant, c'est l'examen des sources révolutionnaires de la IIIe République qui aurait permis à Carré de Malberg d'en dégager la logique favorable à la souveraineté du Parlement, et l'aurait ensuite conduit à refuser cette « mystique parlementaire » dont il avait compris les dangers. De même, bien qu'il laisse de côté la question de l'évolution de la pensée de Carré de Malberg, Peter Lindseth, voit dans l'ouvrage de 1931 une mise en garde contre l'absolutisme parlementaire, qui autorise la « délégation » du pouvoir législatif vers l'exécutif, et dont il « pressent » les effets négatifs possibles :

> « Carré de Malberg's prescient observation regarding the absence of effective limits on parliament's ability to exercise (and therefore delegate) both legislative and constituent power would take on special meaning in the spring and summer of 1940. (…) Rather, as Carré de Malberg so ably showed, this delegation of constituent power to Pétain was an extension of the unchecked parliamentary sovereignty that was the defining feature of French republicanism after 1875. »[270]

Mais cette lecture de l'ouvrage ainsi que de l'évolution de Carré de Malberg nous semble bien douteuse. Tout d'abord, nous avons souligné le caractère fortement politique de l'*ensemble* de la théorie de Carré de Malberg, de telle sorte que l'affirmation de Capitant portant sur la neutralité des œuvres supposément descriptives du juriste nous semble contestable. Ensuite, s'il y a très certainement une évolution de la pensée de Carré de Malberg concernant l'« absolutisme parlementaire », ce n'est en faveur ni d'une théorie substantielle ou matérielle du droit, ni d'un équilibre des pouvoirs plus favorable à la défense des libertés individuelles dans une certaine optique libérale. C'est, selon nous, la

[269] Capitant, 1966, p. 127.
[270] Lindseth, 2004, p. 1381.

capacité de l'Assemblée à représenter véritablement la volonté populaire, c'est-à-dire le caractère démocratique du Parlement qui fait question pour le juriste, et non les dangers liés aux lois d'habilitation, contrairement à ce que laisse entendre Peter Lindseth. Une hypothèse que le projet de réforme défendu par Carré de Malberg permet de confirmer.

En effet, le projet de réforme du système parlementaire développé dans l'ouvrage de 1931 propose de consacrer le rôle suprême du peuple au-dessus du Parlement et de l'exécutif, dans le but de contrer l'absolutisme parlementaire[271]. Dans cet objectif, Carré de Malberg installe en modèle la Constitution de Weimar, qui fut observée jusqu'alors avec une certaine méfiance par bien des juristes, comme le souligne Carlos-Miguel Herrera, notamment en raison de son caractère « ultradémocratique »[272]. Un caractère qui nous semble précisément déterminant dans l'usage qu'en fait Carré de Malberg, qui interprète nettement certains articles majeurs de la Constitution de Weimar comme des outils de démocratisation du système parlementaire. C'est le cas en particulier de l'article 25 portant sur le droit de dissolution accordé au Président, conçu comme « une arme qui assurément permet au Président de réagir contre la politique du Reichstag, mais aussi et surtout comme une conséquence de l'idée qu'au-dessus de la volonté parlementaire, il y a une autre volonté plus forte qui est celle du peuple »[273]. Et le juriste soutient alors que la dissolution, même fréquente, n'a rien d'anormal, puisqu'elle signifie seulement que l'exécutif comme le législatif sont mis en position d'égalité, tous deux étant soumis en dernière instance au peuple souverain :

> « Au sommet de la construction weimarienne, il n'y a plus parlementarisme, mais démocratie. »[274]

En fait, il s'agit, pour le juriste, de déplacer l'équilibre du parlementarisme dans un sens plus démocratique, ainsi que de dégager les instruments d'un contrôle *par le peuple* des pouvoirs détenus par les deux principaux organes, contrôle caractéristique de la démocratie selon lui et qui, chose tout à fait remarquable, doit se manifester non pas de manière continue, mais plutôt dans des situations plus ou moins exceptionnelles qui pourraient le requérir :

[271] Carré de Malberg, 1931, p. 203.
[272] La notion d'*« ultradémocratisme »* vient de Ferdinand Larnaude. *Cf*. Herrera, 2011, p. 8-9.
[273] Carré de Malberg, 1931, p. 207. Nous soulignons.
[274] Carré de Malberg, 1931, p. 209.

> « D’abord, il a été signalé de longue date que l’organe suprême des Etats ne se reconnaît point à la fréquence de ses interventions : il ne faut pas juger de lui d’après ce qu’il fait à l’ordinaire, mais bien d’après ce qu’il serait capable de faire en certaines circonstances (…). La seule constatation de la possibilité permanente d’une intervention décisive de cette puissance populaire autorise l’interprète de la Constitution de Weimar à affirmer que cette Constitution a fait du peuple le souverain. »[275]

Le juriste ne nous semble donc pas mettre en garde contre des transferts du pouvoir législatif vers l’exécutif en situation de crise, ni lutter contre le légiscentrisme dans une perspective libérale. Mais il s’agit plutôt de proposer une réforme visant à démocratiser le système parlementaire, au moyen d’instruments favorables au contrôle du peuple sur l’ensemble de l’activité étatique. Ce qui nous permet de conclure que la théorie juridique de Carré de Malberg, en 1920 comme en 1931, se fonde toujours sur un objectif politique essentiellement ordonné autour de la défense de la démocratie, mais qui répugne désormais à voir dans le Parlement l’organe suprême de représentation de la volonté du peuple. C’est pourquoi, d’ailleurs, les véritables limites des pouvoirs exceptionnels nous semblent toujours en dernière instance essentiellement politiques, plutôt que juridiques.

Conclusion

A l’issue de cette réflexion menée sur ces trois auteurs, il semble possible de tirer un premier bilan provisoire, que nous développerons en deux moments. Tout d’abord, nous avons voulu montrer que la réflexion doctrinale qui s’est développée après la guerre sur les pouvoirs exceptionnels ne peut être comprise que dans le cadre d’une profonde remise en question du système parlementaire caractéristique de la IIIe République, caractéristique plus généralement de ce que l’on a nommé la crise du parlementarisme en Europe.

En effet, ainsi que l’a montré Marie-Joëlle Redor dans son ouvrage *De l’Etat légal à l’Etat de droit*, l’instauration définitive, quoique mouvementée, de la république, ainsi que du suffrage universel, qui s’est accompagnée de profonds bouleversements économiques et sociaux à la lisière des deux siècles, a conduit à une très virulente remise en cause de ce que l’on qualifie alors d’« absolutisme parlementaire ». Sur un plan institutionnel, la pratique parlementaire avait effectivement peu à peu déplacé l’équilibre du pouvoir vers

[275] Carré de Malberg, 1931, p. 209.

l'Assemblée. Selon Marie-Joëlle Redor, depuis « le vote des lois constitutionnelles de 1875, le régime s'est en effet considérablement transformé : alors que les textes instituaient un régime parlementaire supposé maintenir l'équilibre des pouvoirs, la pratique a mis en place un régime d'assemblée qui se caractérise par la prééminence du Parlement et par ses empiétements sur l'exécutif »[276]. Inversement, notre période est marquée par une « fissure progressive du consensus doctrinal » autour de l'interprétation encore dominante au début du siècle d'Esmein, d'après lequel la volonté souveraine de la nation s'exprime dans le vote de l'Assemblée. Mais, en outre, pour bien des observateurs de l'époque, la république fait l'objet d'une crise politique, issue de la démocratisation du régime qui soumet le Parlement aux intérêts particuliers sans véritable volonté générale, que seul un exécutif fort et un renouvellement des élites pourraient au contraire permettre[277]. Et, de fait, les profondes divisions qui secouent le corps social sont, en vertu du suffrage universel, davantage reflétées au sein de l'Assemblée, à un moment où la crainte d'une « domination des masses » émeut une importante partie des élites. Non sans tensions, l'Assemblée se voit alors accusée d'être à la fois source d'inefficacité *et* d'omnipotence[278]. Car si, d'un côté, on ne cesse de dénoncer la toute-puissance de l'Assemblée, de l'autre, la doctrine de l'époque insiste sur l'augmentation de l'activité de l'Etat, en particulier de son activité administrative. De telle sorte qu'il est largement admis comme nécessaire de développer les pouvoirs de l'administration pour répondre aux nouvelles exigences de l'Etat en matière économique et sociale :

> « Dans ces conditions, le législateur devrait se contenter d'un rôle politique et laisser au gouvernement le soin des problèmes techniques qui prennent justement plus d'importance avec le développement de l'interventionnisme. »[279]

De même, ce que manifeste surtout la guerre, au regard de ces juristes, c'est l'impuissance parlementaire, qui ne peut produire une « réglementation rapide et provisoire par la procédure ordinaire de la législation parlementaire »[280] ; car la guerre exige une réglementation essentiellement axée sur des besoins d'efficacité, que le Parlement n'est pas à même de produire. Et l'on souligne alors la rapidité et l'efficacité de l'exécutif face aux nécessités publiques.

---

[276] Redor, 1995, p. 89.
[277] Baumert, 2009, p. 75-76.
[278] Redor, 1992, p. 91.
[279] Redor, 1992, p. 124.
[280] Hauriou, 1930, p. 162.

La perte de confiance à l'égard du législateur a donc joué un rôle essentiel dans l'évolution de la doctrine au début du siècle, et jusque dans l'entre-deux-guerres[281]. De récents travaux ont ainsi montré que l'introduction de la doctrine de l'Etat de droit entre la fin du XIXe et le début du XXe visait essentiellement à combattre la suprématie parlementaire[282] ; et Renaud Baumert a très clairement montré dans son doctorat depuis publié, que les propositions de lois portant sur l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité dans les années 24 et 25, ont très largement eu pour objectif d'attaquer le pouvoir « absolu » ou « illimité » du Parlement[283]. Les débats doctrinaux portant sur la théorie des actes de gouvernement, et, de manière plus générale, sur les pouvoirs exceptionnels, ne peuvent donc être isolés de ce contexte. Car, en dépit de leurs profondes divergences, pour Duguit comme pour Hauriou, il s'agit également de contrer « l'absolutisme parlementaire », tandis que l'objectif inverse peut être pleinement attribué à Carré de Malberg, au nom d'une conception très républicaine de la démocratie.

Dans ce cadre, l'usage non dénué d'ambivalences de la doctrine allemande par les publicistes français peut être expliqué. Car, d'un côté, il est certain que la doctrine française rejette assez généralement la théorie allemande des ordonnances de nécessité ou la théorie de l'activité libre de l'Etat, en raison de son caractère trop évidemment favorable au prince et parce qu'elle exclut tout contrôle juridique. Mais, inversement, la doctrine française a exploité la théorie allemande en déplaçant ses objectifs politiques dans une optique non plus monarchique, mais républicaine *et antiparlementaire*. Car, alors que la théorie étatique du droit devait permettre avec Laband de soumettre le Parlement à l'autorité du prince, elle vise désormais à limiter les pouvoirs du Parlement dans le cadre d'une démocratie. En d'autres termes, si la doctrine française a condamné avec une belle unanimité le caractère absolutiste de la théorie allemande, elle n'en a pas moins puisé dans cette dernière les instruments qui lui permettent de contrer la « souveraineté » du Parlement. Ce qui nous amène à notre second point.

En effet, le conflit doctrinal portant sur les pouvoirs exceptionnels semble au premier regard se structurer autour d'une aporie. Car, d'un côté, la thèse positiviste semble garantir par son formalisme la préservation d'un contrôle sur les pouvoirs exceptionnels au moyen du strict respect du principe de légalité formel et de la hiérarchie du législatif et de

[281] Baumert, 2009, p. 92.
[282] Ainsi, pour C. Schönberger « … la fonction principale de la réception de la doctrine publiciste allemande en France est de fournir des concepts pour établir ce qu'on commence à appeler – avec un mot emprunté au langage juridique allemand – "l'Etat de droit" », et ce dans l'objectif de « relativiser le pouvoir du Parlement ». Cf. Schönberger, 1997, p. 261. *Cf.* également Chevallier, 2003, p. 30.
[283] *Cf.* Baumert, 2009, p. 71-73.

l'exécutif, mais, d'un autre côté, elle paraît également potentiellement ouvrir la porte à un transfert relativement illimité du pouvoir législatif vers l'exécutif, contre lequel une conception matérielle de la loi ou une théorie substantielle de la Constitution semble inversement mieux armée.

Or il s'agit d'une aporie tant que l'on présuppose que le problème essentiel que posent les pouvoirs exceptionnels est celui des atteintes portées aux libertés individuelles – et il s'agit alors de savoir si un strict formalisme permet de préserver les libertés, ou si au contraire il ne vaut pas mieux maintenir une définition substantielle du droit contre les abus de ce formalisme, ce qui est nettement l'optique de Peter Lindseth. Mais la réflexion portant sur les pouvoirs exceptionnels ne peut être isolée d'un effort plus large visant à contrer l'« absolutisme parlementaire » supposé de la III[e] République. Dans ce cadre, si la limitation des pouvoirs exceptionnels pose bien problème, c'est d'abord sous l'angle de l'organe auquel il appartient d'en user : *qui* doit disposer de ces pouvoirs ? Et la question de savoir si cette limite est *juridique ou politique* trouve place dans ce conflit portant sur la nature propre de la démocratie parlementaire, au sens où le contrôle juridique est assez nettement opposé à la toute-puissance du Parlement, et où le contrôle politique renforce l'Assemblée. Autrement dit, il nous semble que ce n'est pas le formalisme positiviste qui conduit à la toute-puissance parlementaire et qui met en danger l'Etat constitutionnel par les délégations du pouvoir législatif qu'il autorise, mais, inversement, que c'est la lutte contre le parlementarisme qui a donné lieu à l'essor dispersé d'une réflexion doctrinale cherchant à faire basculer l'équilibre des pouvoirs davantage en faveur de l'exécutif.

La crise de la démocratie parlementaire n'est nullement propre à la France. Elle secoue une grande partie de l'Europe, et ébranle en particulier la toute jeune République de Weimar, qui fait figure de paradigme[284] sur cette question. Et nous allons voir qu'en Allemagne, la question des pouvoirs exceptionnels doit également être conçue comme une réponse à la crise, au sens où la dictature du président du Reich apparaît en effet essentiellement comme un rempart opposé à la dissolution de l'Etat en raison des divisions du Reichstag. Néanmoins, les profondes différences constitutionnelles d'abord, politiques ensuite, et en termes de théorie juridique enfin, conduisent à la fois à renforcer le poids de la question des pouvoirs exceptionnels dans la crise, mais surtout à déplacer la structure du conflit doctrinal. Nous verrons dans ce cadre que la pensée schmittienne vient modeler les

[284] Peukert, 1995, p. 280.

contours du débat en faisant de la dictature à la fois le signe de l'impuissance du parlementarisme et son remède.

Chapitre 2

Les pouvoirs exceptionnels dans la théorie juridique allemande : parlementarisme et démocratie en Allemagne

I. La Constitution de Weimar à la recherche d'un nouvel équilibre des pouvoirs

> « Il est conforme à la nature particulière de la démocratie qu'elle ne réussisse que rarement, lorsqu'elle créé ses lois, à réaliser des principes ou des conceptions homogènes. » Christoph Gusy[1]

Le renouveau de la réflexion juridique allemande portant sur les pouvoirs exceptionnels dans l'immédiat après-guerre émerge dans un contexte marqué à la fois par l'avènement de la République et par la situation de crise quasiment permanente dans laquelle la jeune République va demeurer jusqu'à sa chute.

En effet, à l'automne de 1918, suite à la Révolution de novembre, le Reich des Hohenzollern s'effondre. L'échec de l'armée allemande dans la guerre qui l'oppose à la France annonce l'agonie de l'Empire dès le mois de septembre 1918, et, sous la pression du général Ludendorff, désireux de céder la négociation de la paix à un gouvernement formé à partir d'une majorité de socio-démocrates, de libéraux et de représentants du Centre, d'importantes réformes constitutionnelles sont proposées au parlement en octobre par le nouveau chancelier, le prince Max de Bade[2]. Mais parallèlement, et alors que des rumeurs de coup d'Etat circulent, des mutineries dans la marine allemande déclenchent un vaste mouvement révolutionnaire de masse, qui provoque la chute de l'Empire, sans grande effusion de sang[3]. Suite à l'abdication de l'empereur Guillaume II, le 9 novembre 1918, le prince-chancelier Max de Bade démissionne et, le même jour, tandis que Philipp Scheidemann annonce la naissance de la république devant le Reichstag et que le socialiste

[1] Gusy, 1994a, p. 24.
[2] Peukert, 1995, p. 40.
[3] Ce pourquoi R. Thalman affirme que la Révolution de novembre recouvre en fait des mouvements différents – mouvement révolutionnaire de la base et mouvement des partis. Néanmoins, pour C. Gusy, parce que l'action des partis s'inscrit dans la continuité du mouvement des réformes d'octobre, seuls les mouvements de la base ont fait la révolution. *Cf.* Thalman,1988, p. 6 et Gusy, 1994a, p. 12.

Friedrich Ebert prend le titre de président du conseil des commissaires du peuple, Karl Liebknecht proclame la république socialiste au balcon du château des Hohenzollern.
Le « temps de décisions » dure du 9 novembre 1918 jusqu'au 19 janvier 1919[4]. En effet, le 10 novembre, les représentants des socio-démocrates (SPD) et des socialistes indépendants (USPD) forment le Conseil des délégués du peuple qui vise à réaliser l'alliance du mouvement constitutionnel et des Conseils d'ouvriers et de soldats nés des mutineries de l'automne. Par cette alliance, le gouvernement révolutionnaire procède donc, ainsi que le note Detlev Peukert, d'une double légitimité, qui va lourdement peser sur la naissance de la République :

> « Le "Conseil des délégués du peuple" se légitimait en tant qu'organe révolutionnaire, face au Conseil des ouvriers et des soldats de Berlin. En même temps, il se situait, en tant que gouvernement du Reich, entièrement dans la tradition du mouvement des réformes d'octobre et de la pratique routinière des autorités administratives qui poursuivaient leur activité, jusqu'aux postes les plus élevés, comme par le passé. »[5]

La seconde tradition largement dominante dans le mouvement constitutionnel, dont les dirigeants du SPD veulent en outre assurer les conditions des négociations de paix, conduit le SPD à minimiser le poids et les revendications du mouvement des Conseils, évitant ainsi toute véritable tentative de prendre en compte les aspirations du mouvement révolutionnaire de masse. Le choix de faire appel à une assemblée nationale – et non à une assemblée des Conseils – pour mettre en place et voter la Constitution témoigne ainsi clairement du choix du SPD en faveur de changements limités. C'est dans ce contexte que le président du conseil Ebert décide de passer alliance avec le chef de la *Reichswehr*, laissant ainsi basculer la République vers un équilibre largement favorable au compromis avec les anciennes élites de l'Empire issues de l'armée et de la bureaucratie – pourtant peu enclines à défendre le nouveau régime[6]. La rupture définitive de la coalition SDP-USPD se produit à la fin de l'année 1918, alors que des affrontements armés se multiplient à Berlin. Ces affrontements se prolongent jusqu'en janvier, où le commandement suprême de l'armée, le maréchal Hindenburg, entreprend de liquider le mouvement révolutionnaire durant la semaine sanglante de janvier 1919, qui culmine avec l'assassinat de Rosa Luxembourg et de Karl Liebknecht. Peu de temps après, ont lieu les élections à

[4] Peukert, 1995, p. 42.
[5] Peukert, 1995, p. 42.
[6] Gusy, 1994a, p. 20.

l'assemblée nationale du 19 janvier 1919, qui laissent à la coalition élargie des partis représentant le mouvement constitutionnel (SPD, *Zentrum*, gauche libérale du DDP) une véritable majorité, fournissant à la stratégie de continuité poursuivie par Ebert une certaine légitimité. Néanmoins, la République ne naît pas sans produire de profondes déceptions au sein du mouvement révolutionnaire, qui, loin d'être anéanti, s'engage dans un processus de lutte qui plonge l'Allemagne dans une semi-guerre civile, qui va durer jusqu'en juin 1919. Ainsi, la République naît de mouvements antagonistes qui, par leurs aspirations et stratégies divergentes, ne sont pas parvenus à construire l'unité du projet républicain. Comme le souligne Christoph Gusy, le mouvement constitutionnel n'a pas fait la révolution et entre immédiatement en concurrence avec la république des Conseils[7]. Il refuse ensuite l'expérience d'un projet intégrant les revendications formulées par les Conseils, au prix d'une alliance avec les anciennes élites impériales, qui laisse la jeune République sans véritable base. Sur ce fondement, l'unité du projet républicain ne se fera jamais : la République de Weimar demeurera un « Etat en crise ».[8]

Effectivement, la République de Weimar « a vécu durant sa brève existence (de 1919 à 1933) sous le signe de la crise »[9]. Une crise politique d'abord, liée à la scission de la société allemande entre des mouvements et des idéaux antagonistes dont nous avons examiné très brièvement les contours. Mais, aux mouvements divergents favorables à la République (libérale ou sociale), il faut ajouter le panel des forces de droite qui cherchent à restaurer la monarchie ou à instaurer une nouvelle forme d'Etat autoritaire. Et, sous cet angle, la crise politique est largement liée à la fin de la guerre et aux négociations de la paix, qui plongent une grande partie des forces nationalistes dans l'amertume.

C'est ensuite sous une crise économique, qui naît d'abord des suites de la guerre avant de s'accentuer brutalement en 1930, que la jeune République va tenter de se maintenir. De ce point de vue, il est possible de distinguer trois phases qui scindent la vie économique allemande : de 1919 à 1924, les séquelles de la guerre plongent le pays dans de graves difficultés économiques qui culminent avec la crise de 1923, caractérisée par une

[7] Gusy, 1994a, p. 12.
[8] « All of this taken together provides a bleak pictures of a state in crisis, the further development and consequences of witch remain completely in the dark. »: Anschütz (1923), in Jacobson et Schlink, 2002, p. 133.
[9] Kervégan, 2002, p. 9. On ne saurait trop insister sur l'importance de ce contexte politique et économique pour mesurer la portée des débats qui se sont développés autour de la dictature du Président. Comme le souligne J.F. Kervégan : « Prise de manière générale, et au-delà de tous les clivages disciplinaires alors déjà existants, la pensée de Weimar est une pensée de crise, cela va presque de soi, mais elle est aussi une pensée de la crise, une pensée dont l'objet même est de réfléchir une situation perçue insupportable et d'en dessiner les possibles issues. » : Kervégan, 2002, p. 10. Sur ce point, on peut voir aussi Jacobson et Schlink, 2002, pp. 2-5.

dépréciation catastrophique de la monnaie. Les années qui vont de 1924 à 1930 sont inversement marquées par une relance de l'économie et par une période de relative prospérité ; laquelle prend fin avec la crise de 1930, dont la République ne sortira pas. Enfin, la République de Weimar est victime d'une crise institutionnelle, liée à la promulgation de la nouvelle Constitution qui ne fait guère l'objet d'un consensus.

En effet, la Constitution de Weimar, dont le Secrétaire d'Etat au ministère de l'Intérieur du Reich, le juriste socialiste Hugo Preuss[10], fut chargé par Ebert d'élaborer le projet le 15 novembre 1918[11], naît d'une politique de compromis entre des tendances contradictoires. Discutée et votée dans un contexte de quasi-guerre civile où les divers mouvements en présence tentent chacun de peser sur la Constitution[12], elle est au final davantage le produit d'un « bricolage constitutionnel » que d'un choix tranché en faveur d'un système républicain cohérent[13]. Christoph Gusy note en particulier que l'alternative de la démocratie des Conseils et de la démocratie parlementaire ne fit pas l'objet d'une véritable discussion[14]. C'est pourquoi, à l'instar de Charles Bourthoumieux, bien des juristes verront dans la Constitution de Weimar une mosaïque d'idées constitutionnelles nées de la « nécessité de réaliser et de maintenir un compromis entre des forces naturellement divergentes »[15].

En dépit de la politique de bricolage dont la Constitution est issue, deux tendances dominantes déterminent ses orientations. Tout d'abord, elle engage un choix en faveur du parlementarisme dont l'orientation est clairement démocratique. Ainsi, l'article 1er de la

---

[10] Hugo Preuss est un juriste libéral de gauche relativement en marge de l'institution universitaire jusqu'à ce qu'Ebert fasse appel à lui pour rédiger le projet de constitution. Il a néanmoins participé activement aux débats constitutionnels de l'Empire, qui préconisaient une évolution vers une monarchie parlementaire, et ne peut donc comme tel être considéré comme un représentant de la Révolution de novembre. Très influencé par la théorie des associations de Otto von Gierke dont il radicalise les thèses dans un sens démocratique, il s'oppose déjà sous l'Empire au positivisme dominant de Laband, et développe une théorie coopérative idéaliste de la démocratie. *Cf.* Schoenberger, 2002 et Gusy, 1994a, p. 21.

[11] L'Assemblée constituante est élue le 19 janvier 1919 et vote une loi constitutionnelle provisoire le 10 février. Dès le lendemain, Ebert est élu président du Reich, et Scheidemann forme le gouvernement. C'est seulement après la signature du Traité de Versailles, le 28 juin, que le projet de Constitution sera approuvé par l'Assemblée nationale le 31 juillet, par 262 voix contre 75 et 1 abstention. La Constitution de Weimar est promulguée le 11 août 1919.

[12] « Les conflits armés n'étaient pas un combat contre la Constitution, mais pour une Constitution. » : Gusy, 1994, p. 15.

[13] Gusy, 1994a, pp. 23 et 24. *Cf.* également Vermeil, 1923, pp. 57 et ss.

[14] Gusy, 1994a, pp. 23 et 24.

[15] Une lecture que l'on trouve aussi bien chez Schmitt, que chez Redslob, quoique sous une forme plus dubitative. (*Cf.* Herrera, 2011, p. 13). Néanmoins, l'analyse des sources d'une telle politique de compromis diverge fortement entre ces auteurs. Ainsi, pour C. Bourthoumieux, le compromis est « uniquement imposé par la crainte commune de la Révolution, [qui] n'est qu'une trêve momentanée pour les adversaires de la République. Il ne suppose aucun accord sur les questions politiques et sociales. » : Bourthoumieux, 1950, p. 28. En revanche, pour Schmitt, comme nous le verrons par la suite, c'est la faiblesse des partis libéraux qui est la cause principale de cette politique.

Constitution proclame la souveraineté du peuple. Ensuite, bien des articles constitutionnels témoignent d'une volonté de mettre le peuple au cœur de la vie politique, notamment l'élection du Reichstag au suffrage universel direct par tous les hommes et toutes les femmes âgés de plus de vingt ans, et le choix de la représentation proportionnelle (article 22) ; le fait que le président du Reich soit élu directement par le peuple allemand (article 41) ou qu'il soit permis au Reichstag de faire appel au vote du peuple pour révoquer le Président avant l'expiration de son mandat (article 43[16]) ; ou encore le fait que la Constitution admette des procédures référendaires dans ses article 73, 74 et 76.

Mais, de l'autre côté, la Constitution n'est pas sans témoigner d'une volonté de limiter la puissance du Parlement, qui illustre de manière « patente (…) la méfiance qui s'installe à l'égard des institutions parlementaires, caractéristique de l'entre-deux-guerres » [17]. Le libéral et socialiste Hugo Preuss lui-même, qui exprime dans les pages d'exposition de la Constitution son plaisir d'avoir enfin une Assemblée détenant de réels pouvoirs, non sans dénoncer les « pitoyables querelles politiques » du Parlement et des intrigues des partis, est lui-même très représentatif de ces deux tendances[18]. Car, ainsi que le souligne Christoph Gusy, « même si Preuss a été, paraît-il, "le spécialiste de droit public le plus à gauche de l'Allemagne de l'époque", il n'en était pas moins un homme politique "bourgeois" et pas un acteur de la révolution de novembre »[19]. Et sa volonté de relativiser la puissance du Parlement au profit de l'exécutif trouve confirmation dans son choix de faire appel aux conseils de Max Weber pour participer à la rédaction du projet de constitution dont il a reçu la charge[20].

En effet, les travaux de Max Weber sont assez emblématiques de la méfiance qui règne au sein des élites allemandes à l'égard du parlementarisme lors de la naissance de la

[16] L'article 43 installe le peuple en position de juge en cas de conflit entre le Reichstag et le Président, puisque, si le peuple décide de ne pas voter la révocation de ce dernier, le Reichstag est alors automatiquement dissout. L'article 43 est rédigé comme suit : « Le mandat du président du Reich est de sept ans. Il est rééligible. Avant l'expiration de son mandat, le président du Reich peut être révoqué sur la proposition du Reichstag par un vote du peuple. La décision du Reichstag est prise à la majorité des deux tiers. Par cette décision, le président du Reich est privé de l'exercice de ses fonctions. Le refus de révocation par le vote du peuple équivaut à une réélection et entraîne la dissolution du Reichstag. Le président du Reich ne peut être poursuivi sans l'accord du Reichstag ».
[17] Baume, 2008, p. 269.
[18] *Deutschlands Republikanische Reichsverfassung* (Berlin, 1923), pp. 68-73. Cité dans Needler, 1995, p. 1993. Selon Needler, cette ambivalence est le produit de la période impériale elle-même : « This may be characterized as an ambivalent combination of the democratic values of the time, which had been appropriate to the fight which liberals had conducted against the Imperial system, with the attitudes which that system had itself engendered. »: Needler, 1995, pp. 693-694.
[19] Gusy, 1994a, p. 21. « Preuss, a bourgeois-liberal, was at the time the most left-learning scholar of the law of the state in Germany – Social Democratic professor of the law of the state had been unthinkable under the Kaiser. » : Schoenberger, 2002, p. 110.
[20] *Cf.* Mommsen, 1985, p. 424 et ss, et Needler, 1959, p. 693.

République. Tout d'abord parce que Weber accorde une place importante au problème de l'unité du Reich suite à l'effondrement de la monarchie. Or, c'est essentiellement dans le rôle accordé à l'exécutif qu'il voit une issue à cette difficulté. Ainsi, dès novembre 1918, dans une série d'articles de la *Frankfurter Zeitung*, le sociologue trace les grands traits d'un Etat allemand unifié et se déclare favorable à la fois au fédéralisme pour des raisons pragmatiques et à l'instauration d'un pouvoir présidentiel fort susceptible de faire contrepoids au premier et d'incarner l'unité du Reich[21]. Mais, en outre, comme bien des acteurs politiques de l'époque, Weber est sensible au risque de divisions et de paralysie politique du Parlement, en raison des violentes tensions sociales qui scindent la société. Certes, Weber exclut que l'on puisse éliminer les luttes partisanes sauf à renoncer à la représentation active du peuple elle-même[22] ; de même, il souligne que le niveau des débats parlementaires et de ses représentants est toujours fonction du pouvoir que l'on accorde au Parlement[23]. Néanmoins, le sociologue insiste sur la nécessité de résister à la tentation d'un pur parlementarisme, conçu comme la source d'abus clientélistes et de divisions politiques accentuées par le choix du scrutin proportionnel[24]. Par ailleurs, non sans adopter une rhétorique que nous avons déjà vue se déployer dans les théories juridiques en France, Weber met en garde contre les dangers que peuvent désormais représenter les pouvoirs trop larges du Parlement. Ainsi, l'article de 1920 sur « Le président du Reich » développe-t-il la thèse d'après laquelle l'autoritarisme impérial ayant cédé la place à la démocratie parlementaire, c'est le Parlement qu'il s'agit désormais de contrebalancer pour maintenir un équilibre des pouvoirs réellement démocratique :

> « Autrefois, dans l'Etat placé sous le signe d'une hiérarchie autoritaire, il fallait se prononcer en faveur d'un renforcement du pouvoir de la majorité parlementaire afin d'accroître enfin l'importance du parlement et d'élever ainsi son niveau. Aujourd'hui, il se trouve que tous les projets de Constitution tombent sous l'emprise de la majorité – non pas celle du peuple, mais celle des parlementaires – ce qui représente l'excès inverse, tout aussi peu démocratique. »[25]

[21] « Le particularisme réclame quelqu'un qui soit le vecteur de l'idée de l'unité du Reich ». Weber, (1920) 2004, p. 505.
[22] Weber, (1918), 2004, p. 329.
[23] Weber, (1918), 2004, p. 323.
[24] De ce point de vue, comme le souligne D. Peukert, le rôle du Président est essentiellement stabilisateur : « La position de force du président était due au souci des pères de la Constitution d'éviter le risque de paralysie que comportait une politique découlant exclusivement de l'expression parlementaire de la volonté des partis. Cependant, le président directement élu intervenait moins comme un élément dynamisant que comme un facteur stabilisant, eu égard à l'instabilité permanente inhérente au système des partis. » : Peukert, 1995, p. 218.
[25] Weber, (1920), 2004, p. 505.

Autrement dit, Weber défend la nécessité de contrebalancer les pouvoirs du Parlement au moyen d'un exécutif fort *au nom de la démocratie*.

C'est au président du Reich élu au suffrage universel que Weber attribue en particulier le rôle de faire contrepoids au Parlement ainsi qu'au fédéralisme. Un contrepoids qui doit surtout se révéler décisif en situation de crise, selon Weber :

> « Comme toujours, il faut restreindre le pouvoir du président élu par le peuple en veillant à ce qu'il ne puisse intervenir dans la machine du Reich que dans les situations de crise momentanément insolubles (par un veto suspensif et la convocation des ministères de hauts fonctionnaires), et n'ayant recours qu'au référendum populaire dans d'autres situations. Mais on doit lui donner au moyen du suffrage populaire une assise solide qui lui soit propre. »[26]

Et Weber invite même à relativiser la crainte de la « dictature des masses » pour autant qu'elle consiste d'abord dans le choix plébiscitaire d'un homme par les masses – ce en quoi consiste en dernière instance l'élection du président du Reich par un vote direct et universel :

> « Il faudra bien songer que la "dictature" des masses dont on a tant parlé exige justement un "dictateur", un homme que les masses ont elles-mêmes choisi et en qui elles ont confiance et auquel elles se soumettent tant qu'il possède leur confiance. »[27]

En d'autres termes, Weber incite à réorienter les réserves de la démocratie de masse en faveur d'une valorisation de l'exécutif qui soit conforme à l'Etat constitutionnel libéral, et ce, dans l'objectif de limiter la toute-puissance du Parlement conçue pour sa part comme un danger pour la démocratie.

Il ne s'agit certes pas ici de prétendre expliquer les sources de la Constitution de Weimar à partir d'une analyse restreinte de la pensée wébérienne – d'autant que le poids de Weber dans la rédaction de la Constitution ne doit pas être surestimé. Mais, comme le souligne Mommsen, Weber exprime un certain nombre d'idées partagées par une grande partie des élites politiques, au sein duquel domine le rejet de l'« absolutisme parlementaire » en raison de la crainte bourgeoise d'une « dictature du peuple »[28]. On trouve ainsi cette même méfiance à l'égard du parlementarisme chez Robert Redslob, dont Hugo Preuss s'est

---

[26] Weber, (1920), 2004, p. 506.
[27] Weber, (1920), 2004, p. 504.
[28] Mommsen, 1985, p. 438.

également inspiré pour la rédaction du projet de Constitution[29]. Et Hugo Preuss lui-même met en garde contre « l'Etat autoritaire à l'envers » dans une démocratie dans un article du 14 novembre 1918 désormais célèbre[30].

La volonté de développer des contrepoids aux dangers d'un parlementarisme intégral trouve essentiellement sa traduction juridique dans le rôle accordé par la Constitution de Weimar au président du Reich[31]. Ainsi, l'élection du Président au suffrage universel (article 41) relève certes d'une composante démocratique, mais elle vise également à asseoir le pouvoir du Président qui « constitue face au Bundesrat – hélas inévitable – un contrepoids allant dans le sens de l'unité du Reich, sans pour autant faire planer sur les différents Etats la menace d'un abus »[32]. De même, l'institution déjà mentionnée du référendum sur décision du Président en vertu de l'article 73 est essentiellement pensée comme un instrument susceptible de résoudre les conflits en pesant *contre* le Parlement[33] ; car, ainsi que le note Christoph Gusy, si le référendum donne « au peuple une fonction d'arbitre entre ses représentants [cette] fonction n'était cependant pas équilibrée : elle ne valait que dans le domaine de compétence du parlement – et non dans celui du président »[34]. Et Preuss voit effectivement dans le référendum un instrument tel qu'un appel « au peuple lui-même contre la représentation du peuple soit possible »[35]. Ensuite, le Président détient le droit de dissoudre l'Assemblée, quoiqu'une seule fois pour le même

---

[29] R. Redslob oppose ainsi au parlementarisme « inauthentique », illustré par le parlementarisme français qui voit l'essentiel des pouvoirs se concentrer dans les mains de l'Assemblée, un parlementarisme « authentique », issu du modèle britannique. Ce dernier est, selon lui, respectueux du principe de division des pouvoirs et développe un réel système de contrepoids entre l'exécutif et le législatif – en particulier par le droit de détenu par l'exécutif de dissoudre l'Assemblée et le pouvoir dont dispose le législatif de refuser sa confiance au gouvernement. *Cf. Die Parlamentarische Regierung in ihrer wahren und in ihrer unechten form* (1918).

[30] Hugo Preuss, « Volkstaat oder verkehrter Obrigkeitsstaat? », Berliner Tageblatt (14 novembre 1918), in Hugo Preuss, *Staat, Recht und Freiheit* (Tübingen: Mohr, 1926), 365 ff. Cité dans Schoenberger, 2000, p. 110. *Cf.* également Mommsen, 1985, p. 447.

[31] Concernant les débats de l'Assemblée portant sur le fait même de savoir si la Constitution devait admettre un Président et sur l'extension de ses pouvoirs, *cf.* Vermeil, 1923, pp. 129-134.

[32] Weber, (1920), 2004, p. 505.

[33] L'article 73 est rédigé comme suit : « Une loi approuvée par le Reichstag doit, avant sa publication, être soumise au référendum si, dans le mois qui suit, le président du Reich le décide. Une loi dont la publication est ajournée à la demande d'un tiers du Reichstag au moins doit être soumis au référendum si un vingtième des électeurs le demande. Un référendum doit en outre être organisé si un dixième des électeurs en prend l'initiative sur la présentation d'un projet de loi. L'initiative populaire [*Volksbegehren*] doit porter sur un projet de loi complètement élaboré. Celui-ci est soumis au Reichstag par le gouvernement, et le référendum n'a pas lieu si le projet de loi présenté est approuvé sans modification par le Reichstag. Sur le budget, les lois fiscales et de comptes, seul le président du Reich peut décider le référendum. La procédure pour le référendum et l'initiative populaire est réglée par une loi du Reich. »

[34] « L'existence et l'unilatéralité de la fonction d'arbitre montrent que la constitution de Weimar reposait sur une certaine méfiance à l'égard du parlement. » : Gusy, 1994a, p. 27 et 28.

[35] Hugo Preuss, « Denkschrift zum Entwurf des allgemeinen Teils der Reichsverfassung vom 3. Januar 1919 », in Preuss, *Staat, Recht und Freiheit: Aus 40 Jahren deutscher Politik und Geschichte*. Tübingen: Mohr, 1926, p. 387. Cité dans Schoenberger, 2002, p. 113.

motif, et à la condition stricte que de nouvelles élections suivent dans les soixante jours (article 25). Enfin, le Président reçoit des pouvoirs exceptionnels en vertu de l'article 48 alinéa 2 de la Constitution. Ces pouvoirs constitutionnels, qui s'inscrivent dans le prolongement des pouvoirs détenus auparavant par l'Empereur, répondent certainement à la situation de crise politique qui accompagne la naissance de la République ; mais ils sont également un élément structurel cherchant à établir une balance des pouvoirs susceptible de relativiser la puissance du Parlement[36].

Ainsi, et avant d'examiner plus avant la nature des pouvoirs de crise sous Weimar, il est bon d'insister sur le caractère polysémique de la république et de la démocratie lors de la naissance de la République de Weimar. La république parlementaire défendue par le mouvement constitutionnel s'est imposée contre la république des Conseils, et la démocratie parlementaire contre la démocratie sociale. C'est pourquoi, si la souveraineté du peuple est certainement la base du nouveau régime et de la nouvelle Constitution, cependant, il n'existe pas de consensus sur ce en quoi consiste la démocratie elle-même, ainsi que le souligne Christoph Gusy :

> « Il n'y a jamais eu de conception cohérente de la démocratie propre à la constitution de Weimar. La forme démocratique de l'Etat républicain ne résultat pas d'un projet théorique, elle est née plutôt d'un hasard, en fonction des besoins politiques du moment. La coexistence parfois conflictuelle de diverses institutions et procédures démocratiques a fait la force, mais aussi la faiblesse de la république. »[37]

Ce conflit entre une pluralité de conceptions de la démocratie peut être considéré à juste titre comme propre à la démocratie elle-même. Mais il n'en aura pas moins d'importants effets sur la question des pouvoirs exceptionnels, qui, s'ils se réclament toujours de la défense de la Constitution et de la démocratie, ne disent pas toujours clairement de *quelle* démocratie ni de *quelle* Constitution il s'agit.

---

[36] Ainsi, Hugo Preuss a-t-il pu affirmer que, si dans l'histoire il y eut un moment où les pouvoirs dictatoriaux furent indispensables pour un régime politique, ce fut certainement le cas durant les premiers moments de la République allemande : « If ever there was a time in the course of history when dictatorial powers were indispensable to a political regime, this was certainly the case in the early days of the German Republic. » : Hugo Preuss, "Reichsverfassungsmassige Diktatur", *Zeitschrift fur Politik*, vol. XIII (1923), p. 100, cité dans Watkins, 1939, p. 10. Traduction de Watkins.

[37] Gusy, 1994a, p. 11. La citation était soulignée par l'auteur.

II. Les pouvoirs exceptionnels sous Weimar

A. L'article 48, les lois d'habilitation et le déplacement de l'équilibre des pouvoirs vers l'exécutif sous la République

Les pouvoirs de crise ont fait l'objet d'une utilisation massive sous la République de Weimar, et l'on sait qu'ils ont lourdement contribué à l'arrivée du parti nazi au pouvoir. Ils s'exercent sous deux formes principales : d'une part, en vertu de lois d'habilitation, l'Assemblée peut autoriser l'exécutif à agir dans un domaine ordinairement réservé à la législation au moyen de décrets-lois. D'autre part, en vertu de l'article 48 de la Constitution, le président du Reich est habilité à « prendre les mesures nécessaires au rétablissement de la sécurité et de l'ordre publics », lorsque « la sécurité et l'ordre publics sont gravement menacés ». Par cette disposition, la décision d'user des pouvoirs exceptionnels appartient au Président lui-même ; en revanche, le Reichstag peut demander l'abrogation des mesures produites en vertu de l'article 48. Ce chapitre examinera donc l'usage qui a été fait de ces deux formes de pouvoirs sous Weimar en fournissant une chronologie sommaire des événements, qui permet d'éclairer les enjeux des conflits théoriques qui se sont développés sur la question des pouvoirs de crise, et notamment de la théorie schmittienne qui épouse très largement le contexte de sa rédaction[38].

La périodisation généralement admise par la littérature historique distingue trois grandes phases dans l'histoire de Weimar, qui font montre d'un usage différencié des pouvoirs de crise. La période de 1919-1924 est une période de troubles politiques et économiques importants, qui fournissent l'occasion d'un usage répété de l'article 48 et des lois d'habilitation, mais également d'une extension de leur domaine d'application. Dès la fin de la guerre, en effet, des lois d'habilitation sont promulguées afin de permettre un retour rapide à une économie de paix, ainsi que pour mettre en œuvre les conditions de

[38] Ainsi que le souligne avec insistance O. Beaud, la pensée de Schmitt doit être absolument étudiée dans son contexte de production, sauf à perdre de vue ses enjeux : « La connaissance du contexte politique est indispensable pour saisir les questions constitutionnelles, et le cas est d'autant plus vrai pour ce qui concerne Schmitt, dont la volonté de coller aux faits politiques est une constante. » : Beaud, 1997, p. 27. *Cf.* également Beaud, 1997, p. 41.

l'armistice[39]. Par la suite, c'est la crise de la Ruhr, l'hyperinflation et, de manière générale, la crise économique, qui donne lieu à la promulgation de telles lois[40]. De même, étant désormais admis que la crise économique constitue un cas de l'état de nécessité, le caractère très général de la formulation de l'article 48 conduit à étendre également le champ de son application au domaine économique[41].

De 1925 à 1929, l'Allemagne connaît une période de calme relatif, marquée par le retour de la prospérité économique et par une certaine stabilité politique, durant laquelle diverses combinaisons politiques permettent de dégager des majorités parlementaires favorables à la République, et susceptibles de s'entendre pour former un gouvernement. Certes, les

---

[39] Ainsi, l'Assemblée adopte en 1919 une telle loi de pleins pouvoirs visant à réaliser la transition de l'économie de guerre vers l'économie de paix, dont la section 1 autorise le gouvernement du Reich, après consultation de vingt-huit membres de l'Assemblée nationale à adopter toutes les mesures nécessaires en vue de réguler cette transition vers l'économie de paix. (*Gesetz über eine vereinfachte Form der Gesetzgebung für die Zwecke der Übergangswirtschaft*, v. 17.4.1919 (RGBl. S.394). De même, le 6 mars 1919, l'Assemblée adopte une loi sur la mise en œuvre des conditions de l'armistice, qui autorise le gouvernement du Reich à promulguer toute mesure économique et financière nécessaire pour remplir les conditions de l'armistice. *Gesetz zur Durchführung der Waffenstillstandsbedingungen*, v. 6.3.1919 (RGBl. S.286). *Cf.* Lindseth, 2004, p. 1357.

[40] Ainsi, une importante loi d'habilitation est votée lors de l'occupation de la Ruhr, le 24 février 1923, pour résoudre les problèmes liés à l'occupation. Puis, en raison des grandes difficultés économiques de 1923, le Reichstag vote le 13 octobre 1923 une loi de pleins pouvoirs autorisant le gouvernement Stresemann à prendre les mesures nécessaires dans les domaines financier, économique et social, et donne l'autorisation explicite de violer certains droits fondamentaux garantis par la Constitution. Les décrets issus des pleins pouvoirs peuvent néanmoins être révoqués à la demande du Reichstag et la loi d'habilitation précise la durée de validité de ces pouvoirs. La loi d'habilitation est formulée de la manière suivante : « The federal government is authorized to take those measures which it considers to be absolutely necessary in the financial, economic and social realms. Fundamental rights guaranteed in the Weimar Constitution may be disregarded in the process. This authorization does not extend to regulations affecting hours of labor, nor to the reduction of pensions, social insurance or employment insurance. Decrees issued on this basis shall be reported without delay to the Reichstag and to the Reichsrat. On demand of the Reichstag they are to be revoked immediately. This law goes into effect on the day of promulgation. It shall cease to operate at the very lasted on March 31, 1924, and shall lapse even before that time with any change in the party composition of the present government. » : cité in Watkins, 1939, p. 76. Plus de quarante décrets d'urgence furent promulgués dans les trois semaines qui suivirent, sur la base de cette loi. Le 8 décembre 1923, une seconde loi d'habilitation en faveur du gouvernement Marx est votée, qui possède des différences substantielles à l'égard de la première, mais procède néanmoins d'un même transfert partiel du pouvoir législatif, sur la base duquel pas moins de soixante-dix décrets ont été pris. La loi de décembre 1923 est formulée comme suit : « The federal government is authorized to take those measures which it considers to be absolutely necessary in view of the distressing circumstances of the people and of the Reich. Fundamentals rights guaranteed in the Weimar Constitution may not be disregarded. Before being issued, all ordinances are to be discussed in secret session with committees chosen by the Reichstag and by the Reichsrat, each to consist of 15 members. Decrees issued on this basis shall be reported without delay to the Reichstag and to the Reichsrat. In the Reichstag two readings separated by an interval of at least three days shall be necessary for the completion of such a demand. The Reichstag committees mentioned in paragraph 1 shall also be authorized, at the discretion of the Reichstag, to consider proposals relative to ordinances issued under the law of October 13, 1923 [the Stresemann enabling act]. This law goes in effect on the day of promulgation. It shall cease to operate on February 15, 1924. » : cité in Watkins, 1939, p. 80. D'autres lois de même nature sont promulguées le 13 octobre 1923, le 24 février 1923, ou encore le 14 février 1924. Sur ces questions, *cf.* Rossiter (1948), 2009, pp. 45 et ss ; Caldwell, 1997, pp. 79 et ss ; Watkins, 1939, pp. 76 et ss.

[41] « Secondly, Article 48, because of its broad terms and the lack of a qualifying law, became the foundation for all sorts and degrees of constitutional dictatorship. » : Rossiter (1948), 2009, p. 32. Sur l'extension du domaine d'application de l'article 48, *cf.* Gusy, 1994b, p. 279.

coalitions gouvernementales masquent à peine les profondes divergences politiques qui séparent les partis associés, néanmoins, jusqu'en 1929, « le Parlement des partis gouverne »[42] et le Président joue essentiellement le rôle de stabilisateur qui lui est constitutionnellement dévolu[43]. Ainsi, si l'on compte 136 décrets-lois jusqu'en 1925, l'exécutif n'en émet que 9 d'avril 1925 à juillet 1930.

A partir de 1930, s'installe une nouvelle période de troubles qui marque un tournant vers un régime présidentialiste. Cette période débute avec l'effondrement de la grande coalition, qui rassemblait les partis favorables à la République, et la démission du chancelier Müller, le 27 mars 1930. Le chancelier Brüning, leader du *Zentrum* au Reichstag, mais également ancien officier de l'armée avec laquelle il conserve des liens, prend la tête d'un cabinet minoritaire quelques jours plus tard, et annonce effectivement clairement l'orientation politique antiparlementaire de son gouvernement. Dès sa déclaration devant la Chambre, Brüning présente son cabinet comme « la dernière tentative pour résoudre la crise avec le Reichstag », et prévient, non sans une évidente menace, que « le gouvernement du Reich se sent assez fort pour contrer toutes les menaces en ayant recours aux moyens que notre Loi fondamentale, la Constitution de Weimar, met à la disposition de notre République allemande »[44]. En d'autres termes, et comme le note Christoph Gusy, le gouvernement Brüning « ne se donnait plus pour but de gouverner provisoirement sans Parlement, jusqu'à ce qu'un gouvernement parlementaire de majorité entre en fonction. Au contraire, il n'était pas exclu d'emblée de gouverner, en cas de besoin, contre le Parlement »[45]. Dès lors, le nombre de décrets-lois s'accroît démesurément : de juillet 1930 jusqu'à la fin de 1932 : 109 décrets-lois sont promulgués[46]. Prenant appui sur l'article 48, Brüning prétend en fait plus ou moins légiférer par ordonnances et s'emparer des compétences législatives de l'Assemblée.

Mais la période est également marquée par un événement d'importance majeure concernant notre sujet, en ce qu'il détermine le contrôle de l'Assemblée sur les mesures dictatoriales. En effet, suite à la décision du nouveau chancelier d'adopter, en juillet 1930, des mesures économiques visant à stabiliser le budget en vertu de l'article 48, le Reichstag

---

[42] Beaud, 1997, p. 41. *Cf.* également Gusy, 1994a, p. 32.

[43] De ce point de vue, cependant, les élections du 26 avril 1925, qui voient le général Hindenburg accéder à la fonction de président de la république, marquent un tournant. Car, si Ebert défend la république parlementaire, Hindenburg est au contraire un ancien officier qui représente largement les intérêts des anciennes élites impériales.

[44] Cité dans C. Gusy, « La dissolution de la Constitution de Weimar », in G. Krebs, G. Schmeilin (dir.) *Weirmar ou de la démocratie en Allemagne*, Université de la Sorbonne nouvelle, 1994, p. 273.

[45] Gusy, 1994b, p. 274.

[46] Gusy, 1994b, p. 278.

décide d'annuler certaines ordonnances. Or, Brüning réplique en dissolvant l'Assemblée. Une telle dissolution explicitement punitive est très différente des dissolutions antérieures. Ces dernières provenaient effectivement très majoritairement d'un défaut de majorité, tandis que Brüning vise, pour sa part, ouvertement à contrer le Parlement en réduisant à néant son pouvoir de contrôle au moyen d'une liaison explosive de l'article 48 et de l'article 25 :

> « Mais le recours à l'état d'urgence, selon l'article 48 de la constitution de Weimar, pour contrer le parlement, recours qui avait été annoncé à l'avance par le président et le chancelier, était plus grave : c'était une atteinte à l'un des principes centraux de la constitution de Weimar, la responsabilité du gouvernement devant le parlement. »[47]

En outre, lorsqu'après les nouvelles élections, au cours desquelles on voit les partis de la grande coalition perdre la majorité, les partis d'opposition exigent l'abrogation des décrets-lois passés entre-temps par Brüning, le SPD décide pour sa part de soutenir le gouvernement. Naît alors une « "politique de tolérance" du SPD, (…) désormais officielle, [qui] rend inutilisable le veto législatif de l'article 48 alinéa 3 et laisse donc le gouvernement libre de son action paralégislative. Usant et abusant des ordonnances présidentielles de l'article 48, l'exécutif devient alors le législateur principal »[48]. Ainsi, en 1930, le Reichstag vote encore 98 lois et accepte 5 ordonnances ; en 1931, il y a 34 lois et 44 ordonnances ; en 1932, enfin, 5 lois sont votées, contre 60 ordonnances (*Notverordnungen*)[49].

Avec l'accession au pouvoir de von Papen, nommé chancelier le 2 juin 1932, la portée antiparlementaire de l'usage des pouvoirs de crise s'accentue encore, car l'objectif de von Papen n'est plus seulement de neutraliser les pouvoirs de l'Assemblée, mais bien de réformer la Constitution dans une optique clairement autoritaire[50]. L'utilisation généralisée de l'article 48 comme instrument paralégislatif se radicalise donc, non sans devenir en

[47] Gusy, 1994b, p. 274.
[48] Beaud, 1997, p. 32.
[49] G. Badia, *Histoire de l'Allemagne contemporaine*, Paris, Ed. sociales, 1962, t. I, p. 227. Cité dans Beaud, 1997, p. 30, note de bas de page. Bourthoumieux relève pour sa part 6 lois et 60 ordonnances en 1932. *Cf.* Bourthoumieux, 1950, p. 34.
[50] « The historiography of the dissolution of the Weimar Republic correctly distinguishes, however, between Brüning's extraparliamentary governance under Article 48 in 1930-1932 and the more explicitly antiparliamentary, authoritarian approaches of Papen and Schleicher (under Schmitt's influence) in 1932 and 1933. »: Lindseth, 2004, p. 1370.

outre l'outil d'une politique autoritaire de centralisation[51], ainsi qu'en témoigne le désormais tristement célèbre « Coup de Prusse » du 20 juillet 1932[52].

Ainsi, il est certain que les pouvoirs de crise ont lourdement contribué au basculement du système parlementaire vers un gouvernement présidentiel qui laisse peu à peu glisser le régime vers l'autoritarisme. Les lois d'habilitation issues de l'article 76, tout comme les pouvoirs dictatoriaux issus de l'article 48, ont effectivement permis le transfert de la mission législative vers l'exécutif[53]. Sous la République, l'article 48 est utilisé effectivement à plus de 250 occasions et, à partir des années 30, suite à l'arrivée au pouvoir de Brüning, le fonctionnement des institutions repose principalement sur son application[54]. Et l'on connaît en particulier les conséquences désastreuses de la loi d'habilitation du 24 mars 1933 dans le basculement définitif du régime vers la dictature nazie[55]. Certes, les

---

[51] O. Beaud souligne l'importance de la question du fédéralisme dans le débat constitutionnel sous Weimar, sans lequel l'importance du Coup de Prusse ne peut être comprise. En effet, Hugo Preuss avait voulu lutter contre l'hégémonie prussienne, caractéristique de l'ancienne Constitution impériale, en rétablissant un fédéralisme plus égalitaire entre les provinces tout en cherchant à maintenir un certain équilibre entre « unitarisme » et « fédéralisme ». Suite aux difficultés nées du fonctionnement de ce système, des projets de réformes avaient vu le jour, qui n'ont jamais été votées. *Cf.* Beaud, 1997, pp. 123-124 ; et Dyzenhaus, 1997a, p. 121, note de bas de page 4.

[52] En effet, les élections au Parlement prussien (Landtag) d'avril 1932, qui voient la coalisation gouvernementale (SPD et *Zentrum*) s'affaiblir considérablement, tandis que les partis communistes et nazis remportent une large victoire, laissent le Landtag sans véritable majorité. Peu auparavant, en prévoyance du cas où les nazis pourraient obtenir la majorité au Landtag prussien, la coalition gouvernementale encore au pouvoir en Prusse avait modifié le régime électoral en vigueur en exigeant désormais la majorité absolue des suffrages pour élire le ministre-président du Land. C'est pourquoi, en dépit de la très forte hausse des votes en faveur du parti nazi, celui-là ne peut donc obtenir la majorité suffisante pour fonder un nouveau gouvernement, et le cabinet Braun-Severing demeure donc en place pour expédier les affaires courantes. Dans ce contexte, le chancelier von Papen profite de l'occasion donnée par les affrontements d'Altona du 17 juillet 1932, qui opposent communistes et nazis et provoquent plusieurs morts, pour appliquer un plan qui avait déjà vu le jour sous Brüning et qui vise clairement à imposer l'administration directe du Reich sur le Land prussien. Le 20 juillet 1932, von Papen obtient du président Hindenbourg qu'il use de l'article 48 en vue de promulguer une ordonnance qui, dans l'objectif de « rétablir l'ordre public et la sécurité publique sur le territoire de la Prusse », investisse le chancelier du Reich de la fonction de « commissaire du Reich pour le Land de la Prusse » pour une période indéterminée. Investi de sa nouvelle fonction, von Papen destitue les ministres prussiens de l'ancien gouvernement, tandis que l'état de siège est proclamé dans toute la Prusse. Le gouvernement destitué, ainsi que d'autres Länder, décident de déposer un recours devant la Cour de Leipzig (*Staatsgerichtshof*) – qui rendra un jugement mitigé, en reconnaissant au commissaire du Reich le droit d'administrer le Land, tandis que le gouvernement destitué était admis comme seul représentant de la Prusse auprès du Reich ou des autres Lander. Notons que Schmitt fut chargé d'assurer la défense du gouvernement du Reich. Sur cette question, il faut absolument lire le très bel ouvrage d'O. Beaud, *Les Derniers Jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*. *Cf.* également Dyzenhaus, 1997a.

[53] Gusy, 1994a, pp. 31-32.

[54] Une liste de 233 décrets issus de l'article 48 jusqu'en septembre 1932 peut être trouvée dans Lindsay Rogers et al., « German Political Institutions – article 48 », *Pol. Sci. Q.*, XLVII (1932), p. 576. *Cf.* Rossiter (1949), 2009, p. 33.

[55] La loi d'habilitation du 24 mars 1933, nommée Loi de réparation de la détresse du peuple et du Reich (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24 März 1933)* permet la promulgation par le gouvernement du Reich de lois qui peuvent déroger à la Constitution dans la mesure où elles ne concernent ni le Parlement ni le Reichsrat en tant qu'institutions et où les prérogatives présidentielles restent inchangées. Il est prévu qu'une telle loi serait caduque au 1er avril 1937, et qu'elle peut en outre être abrogée en cas de remplacement du gouvernement – deux conditions bien peu limitatives en l'espèce.

historiens ont réfuté la thèse d'après laquelle Hitler serait arrivé au pouvoir légalement – une telle idée provenant en premier lieu de la propagande hitlérienne elle-même[56]. D'abord parce que les violations de la légalité n'ont cessé de se multiplier pour soutenir la course au pouvoir du parti nazi, mais ensuite parce que la Constitution elle-même a fait l'objet d'une utilisation subversive antirépublicaine par les gouvernements Brüning et Papen.

Mais, précisément, c'est ce dernier point qui pose question pour bien des auteurs. Car il s'agit alors de savoir si la Constitution de Weimar et, plus particulièrement, les pouvoirs de crise n'ont pas servi l'accession au pouvoir d'un parti antirépublicain et antidémocratique[57]. Une telle question suppose alors de tenir compte non seulement des normes constitutionnelles et de leur application, mais également de l'interprétation généralement retenue par la doctrine, ainsi que des diverses positions théoriques adoptées par les juristes. Et l'on sait que c'est précisément à la domination du positivisme que bien des commentateurs ont attribué la faible résistance du droit à l'égard de son instrumentalisation par des forces anticonstitutionnelles, ainsi que la relative passivité des juristes devant la montée puis l'avènement du nazisme.

Il convient donc de faire état des principales positions adoptées par la doctrine dans ce qui suit, dans le but de montrer dans un premier moment que la position positiviste dite dominante s'articule avec une ferme défense du parlementarisme, avant de voir en quoi la théorie schmittienne de la dictature s'est inversement construite dans une optique antiparlementaire.

B. L'interprétation dominante de l'article 48 sous Weimar

La réflexion doctrinale portant sur la dictature du président du Reich ainsi que sur les lois d'habilitation en situation extraordinaire se produit sur fond de contestation de la domination du positivisme juridique, et l'on peut sous un premier angle considérer que la scission qui oppose les positivistes aux antipositivistes permet de donner les contours des principales positions théoriques adoptées sur la question des pouvoirs de crise. C'est

[56] Gusy, 1994b, p. 292.

[57] C. Gusy formule cette question sous une forme provocatrice particulièrement frappante: « En dernière analyse, la question est la suivante : la Constitution de Weimar permettait-elle un gouvernement du genre de celui d'Hitler ou non ? Ou, en termes plus provocateurs, le gouvernement d'Hitler a-t-il été le dernier gouvernement démocratique et républicain ? » : Gusy, 1994b, p. 266.

pourquoi, après avoir rappelé les grands axes de ce conflit qui éclate dans la querelle des méthodes, nous présenterons dans un premier moment schématiquement l'interprétation dominante des pouvoirs de crise, dont nous verrons qu'elle articule une interprétation de l'article 76 et de l'article 48 dans un sens nettement favorable au parlementarisme, avant de montrer le caractère inversement antiparlementaire de la théorie schmittienne.

Dès la fin du XIXe siècle, apparaissent les premiers éléments d'une contestation de la domination du positivisme labandien. Elle s'énonce d'abord sous la forme de théories de l'Etat sociologiques, puis, au début du siècle, par une remise en question du modèle de la jurisprudence constructive par le Mouvement du droit libre[58]. Inversement, peu avant la guerre, on observe une certaine radicalisation des thèses positivistes dans leur dimension systématique[59]. L'avènement de la République, qui accompagne la défaite militaire de l'Allemagne et dont une partie importante des publicistes allemands tient le positivisme pour coresponsable, accélère la cristallisation des positions théoriques[60]. Elle aboutit à la querelle des méthodes (*Methoden und Richtungsstreit*) qui se noue dans l'immédiat après-guerre et se développe plus particulièrement dans les années 1924-1928[61].

Sur un premier plan scientifique, la querelle est méthodologique, et traduit le rejet de la doctrine labandienne de l'*Isolierung* par une importante partie des publicistes. Ces derniers réagissent en particulier à la formulation de la théorie pure du droit de Kelsen, qui s'inscrit partiellement dans le prolongement du positivisme d'Empire[62]. Effectivement, suite à une période constructiviste largement tributaire du positivisme d'Empire, Kelsen adopte une théorie néo-kantienne du droit qui prétend construire l'unité systématique de l'ordre juridique en garantissant l'autonomie du droit à l'égard de tout principe moral ou de droit naturel, ainsi qu'en séparant strictement la discipline juridique des autres disciplines historique, sociologique ou psychologique[63]. Or, pour bien des publicistes, au contraire,

---

[58] Sur ce point, *cf.* Stolleis, 2006, pp. 202 et ss.

[59] Ainsi, Kelsen publie son important ouvrage *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, qui marque les débuts de la théorie pure du droit, en 1911. La même année, Erich Kaufmann publie *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus*, qui engage une véritable politisation et moralisation du droit.

[60] C'est le cas en particulier de E. Kaufmann par exemple. *Cf.* Cloyd, 2000, p. 191.

[61] Sur les antécédents de ce conflit théorique sous la période impériale, on peut lire Korioth, 2000, pp. 41 et ss. Sur son développement dans les années 20, *cf.* notamment Stolleis, 2006, Jacobson et Schlink, 2000 pp. 15 et ss et Beaud, 1993, pp. 21 et ss.

[62] La question de savoir si le normativisme doit être conçu comme le point final du positivisme allemand, ou au contraire comme un moment essentiel de la contestation du positivisme labandien est très clairement traitée par C. Schönberger. Ce dernier montre effectivement que le normativisme renverse le positivisme étatique de Laband, mais que dans le cadre du front antipositiviste de l'après-guerre, Kelsen sera amené à revendiquer une continuité avec Laband. *Cf.* Schönberger, 2010, pp. 53 et ss.

[63] Sur la périodisation de la pensée de Kelsen, cf. Paulson, 1997, II.

non seulement le droit ne peut être isolé de ces disciplines, mais « la science légale doit commencer là où Kelsen a déclaré sa fin : en examinant la “réalité existentielle” qui précède les normes et qui garantit leur force et leur applicabilité »[64]. De ce point de vue, le mouvement de contestation se définit donc essentiellement par son refus de la conception formelle du droit caractéristique du logicisme labandien dont il dénonce le caractère très réducteur[65], en se déclarant favorable au contraire à une prise en considération des aspects politique, historique et sociologique du droit.

Une telle ouverture de la dogmatique juridique à d’autres disciplines se produit, pour une partie importante de ces juristes, au profit de la défense d’une forme de *jusnaturalisme*, comme chez E. Kaufmann[66], H. Triepel[67], ou encore R. Smend[68]. Chez Schmitt ou Heller[69], en revanche, elle procède essentiellement de l’affirmation du caractère politique du droit. C’est pourquoi, derrière le front antipositiviste se cache une profonde disparité des théories juridiques[70], à laquelle s’ajoute également une relative hétérogénéité politique. Car, si presque tous les auteurs sont des conservateurs généralement méfiants à l’égard du

---

[64] Wilde, 2010, p. 138. Nous traduisons.

[65] Ainsi pour Triepel : « Certainly the law of the state may be pursued with such methodological exclusivity; but the cost, in the end, is the impoverishment of our scholarship, with must indeed pay a high price for the glory of methodological purity. »: Triepel (1926), in Jacobson et Schlink, 2000, p. 179.

[66] Kaufmann publie en effet, dès 1921, sa *Critique de la philosophie du droit néo-kantienne*, qui s’attaque au fondement rationaliste et relativiste du positivisme, contre lequel il insiste sur la nécessité de recourir à l’histoire pour comprendre la nature propre des institutions. Kaufmann admet progressivement l’existence d’un droit naturel – autrement dit de principes de justice objectifs – qui fournit à la fois le contenu éthique de l’Etat, et la limite de son activité. *Cf. Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft*, Tübingen, Mohr, 1921. Sur le conflit qui oppose Kaufmann à Kelsen, *Cf.* Paulson, 2005.

[67] Triepel développe également une théorie antipositiviste du droit, et participe activement à la querelle des méthodes. Il insiste sur la dimension irréductiblement politique du droit, qui le conduit à défendre une interprétation téléologique des lois positives – en prenant donc ouvertement en compte les buts de l’Etat. Cf. Triepel, *Staatsrecht und Politik : Rede beim Antritte des Rektorats des Friedrich Wilhems-Universität zu Berlin am 15. Oktober 1926*, in *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Heft I*, Max-Planck-Institut für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Berlin und Leipzig, de Gruyter, 1927. Traduit en anglais dans Jacobson et Schlink, 2000, pp. 176-188.

[68] R. Smend admet pour sa part une théorie de l’Etat fondée sur la capacité d’intégration des individus par les institutions, qui prend en compte le substrat sociologique de l’Etat – dénonçant du même coup l’impuissance intégrative de l’Etat de Weimar. *Cf.* R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Berlin, Dunker & Humblot, 1928.

[69] Contre Kelsen, Heller défend le caractère intrinsèquement politique du droit. Et contre Schmitt, il s’engage en faveur de la démocratie et de l’égalité sociale. Selon lui, la réalisation d’un Etat de droit suppose une certaine homogénéité sociale, notamment du point de vue économique. Heller participe à la résistance armée contre le putsch de Kapp en 1920. En 1932, il est le représentant légal du parti prussien social-démocrate dans le cas *Preußen contra Reich*. Notons enfin qu’en raison de ses ascendances juives, Heller devra fuir l’Allemagne en 1933.

[70] R. Smend souligne ainsi la convergence essentiellement méthodologique de l’antipositivisme : « Il est indubitable qu’au-delà [de l’opposition méthodologique] les esprits divergeaient. Mais il était impossible de dire comment et en quel nombre les membres se regroupaient ensuite, et Nawiasky protestait avec raison en 1927 contre la facilité avec laquelle on venait à parler d’une doctrine dominante. » : R. Smend, « Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit », *Verfassung und Verfassungsgesetz. Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, P. Badura (dir.), Berlin, Dunker & Humblot, 1973, p. 579. Cité dans Stolleis, 2006, p.10.

parlementarisme libéral[71] et de « tièdes républicains », cependant H. Heller s'impose inversement comme un défenseur véhément de la république et de la social-démocratie[72]. S'il existe un courant antipositiviste, c'est donc essentiellement au sens d'une remise en question de la méthode positiviste, au profit de la revendication d'une ouverture de la science juridique aux autres disciplines.

Face à ce groupe hétérogène et politiquement plutôt conservateur, le positivisme juridique est encore dominant dans les premiers temps de la République. Il s'agit alors très généralement d'un « positivisme de la loi » (*Gesetzespositivismus*), qui se distingue à la fois du positivisme impérial (*Rechtspositivismus*) et du normativisme[73]. Ses principaux représentants, Richard Thoma[74] et Gerhardt Anschütz[75], défendent effectivement un « positivisme modéré » qui, bien qu'il s'inscrive en partie dans le prolongement du positivisme labandien, s'en sépare néanmoins sur certains aspects importants. Chez Anschütz, domine un intérêt pour la pratique doctrinale plutôt que pour la théorie juridique, et c'est donc Thoma qui développe l'essentiel de la théorie de la pratique doctrinale. Or, il dresse une théorie assez critique à l'égard du labandisme. Thoma juge en particulier assez sévèrement l'absolutisme logique de Laband, qui se réclame d'une purification de la science juridique de tout élément politique, et qui finit au contraire par produire un droit politisé au service de l'empereur. C'est pourquoi, non sans être influencé

---

[71] « No será errado situar esta reacción «antikelseniana» – sin, por tanto, reducirla – en el clima antiliberal, y en otros aspectos aún antirracionalistas, que conoce este período de la cultura alemana en los años de Weimar. » : Herrera, 1994, p. 198. (« Il ne serait pas erroné de situer cette réaction "antikelsénienne" – sans pour autant l'y réduire – au sein du climat antilibéral et au sein d'autres aspects antirationalistes, que connaît cette période de la culture allemande dans les années de Weimar. »)

[72] « A l'exception de Hermann Heller, qui, par ses options méthodologiques, peut être rattaché à ce groupe, mais qui en tant que social-démocrate en formait le pôle politique opposé, les « antipositivistes » étaient tous conservateurs, en ce sens qu'ils souffraient de l'humiliation de Versailles, qu'ils rejetaient les partis politiques et qu'ils recherchaient la création d'un « Etat puissance » (*Machtstaat*) national et le dépassement des luttes de classes dans l'unité supérieure de la communauté populaire (*Volksgemeinschaft*). Ils n'étaient plus des monarchistes, pas encore des fascistes, mais toutefois de tièdes républicains et des bourgeois mécontents des conditions régnantes sous la République de Weimar. » : Stoleis, 2006, p. 106.

[73] Pauly, 2000, p. 129. *Cf.* également Baumert, 2009, pp. 214-216.

[74] Richard Thomas (1874-1957) est l'un des principaux représentants du positivisme légal (*Gesetzespositivismus*) sous Weimar. Juriste libéral de gauche, il rallie avec enthousiasme la République après un bref moment d'hésitation et produit une importante théorie du système constitutionnel de Weimar, ainsi qu'une étude de la démocratie parlementaire dominée par une approche néo-kantienne. Il édite en collaboration avec G. Anschütz *Handbuch des deutschen Staatsrechts* (1930 et 1932) auquel contribuent les plus importants juristes de l'époque, et qui demeure l'ouvrage scientifique de référence de l'époque, et ce jusqu'en 1945. Il fit partie du cercle des intimes de Marianne et de Max Weber. Enfin, il se tiendra en retrait, suite à l'avènement du nazisme. Cf. Caldwell, 2002 et Jouanjan, 2002.

[75] Gerhard Anschütz (1867-1848) est, avec Richard Thomas l'autre grand représentant du positivisme légal (*Gesetzespositivismus*) dominant sous la république. Son autorité dans le champ juridique est déjà acquise sous l'Empire, où il s'impose en droit public par son travail doctrinal. Il participe à la rédaction du projet de la Constitution de Weimar en 1919 et édite, en collaboration avec G. Anschütz, l'important ouvrage scientifique *Handbuch des deutschen Staatsrechts* (1930 et 1932). En 1933, il requiert le statut de professeur émérite, refusant désormais d'enseigner sous le national-socialisme. *Cf.* Pauly, 2002.

par Weber, il défend au contraire la nécessité de recourir ouvertement et « honnêtement » à l'histoire et à la sociologie pour soutenir l'interprétation des règles juridiques[76]. Ces juristes ont adopté une position favorable à la République, que ce soit par républicanisme même, ou par une réserve positiviste consistant à admettre la neutralité politique de la science juridique, étant admis que le nouvel ordre est juridiquement fondé[77].

A la lumière de cette opposition théorique du positivisme et du front hétérogène de l'antipositivisme, il est possible de dresser les contours du débat doctrinal portant sur les pouvoirs de crise. Ces contours sont relativement distincts concernant l'interprétation de l'article 48, rédigé comme suit :

> « Si un Pays ne remplit pas les devoirs qui lui incombent en vertu de la Constitution et des lois du Reich, le Président du Reich peut l'y contraindre avec l'aide de la force armée.
>
> Le Président du Reich peut, lorsque la sécurité et l'ordre publics sont gravement troublés ou compromis, prendre les mesures nécessaires à leur rétablissement ; en cas de besoin il peut recourir à la force armée. A cette fin, il peut suspendre totalement ou partiellement l'exercice des droits fondamentaux garantis aux articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 et 153.
>
> De toutes les mesures prises en vertu du premier ou du deuxième alinéa du présent article, le Président du Reich doit donner sans retard connaissance au Reichstag. Ces mesures doivent être abrogées à la demande du Reichstag.
>
> S'il y a péril en la demeure, le Gouvernement d'un Pays peut, sur son territoire, prendre des mesures provisoires dans le sens indiqué à l'alinéa 2. Ces mesures doivent être abrogées à la demande du Président du Reich ou du Reichstag.
>
> Le surplus est fixé par une loi du Reich ».[78]

---

[76] Ainsi pour Thoma : « Au contraire [des thèses de l'Ecole logiciste], une étude juridique ne s'élève à la pleine scientificité que lorsqu'elle unit à l'ordonnancement et à l'interprétation des règles de droit, la présentation de leur *vis ac potestas*, lorsqu'elle révèle leur histoire, lorsqu'elle sonde les objectifs politiques et leurs significations sociales, et qu'elle les éclaire de manière critique à partir d'une échelle de valeurs qui doit être précisée. » : Thoma, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, réédition de l'édition de 1930, Tübingen, Mohr Siebeck, Introduction pp. 1-7, cité dans Jouanjan, 2002, p. 26.

[77] « Ils acceptent la nouvelle République et sa nouvelle Constitution – sans enthousiasme exagéré, mais néanmoins avec loyauté –, car le nouvel ordre était, selon la doctrine du « pouvoir constituant de la révolution triomphante » (*Rechtsbegründende Kraft der gelungenen Revolution*), juridiquement inattaquable au regard du droit positif. Ils étaient les « Républicains de raison » de la science du droit constitutionnel, tous de la vieille génération, et ils s'efforcèrent de maintenir le lien avec la science du droit antérieure. » : Stolleis, 2006, pp. 104-105. Notons que Richard Thoma, Heinrich Triepel et Gerhardt Anschütz ont tous pris leurs distances avec le national-socialisme, quoique seul Gerhardt Anschütz se soit tenu à l'écart de toute fonction universitaire.

[78] « *Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen.* »: in Beaud, 1993, p. 551-552. (Traduction française de Brunet). L'article 114 concerne l'inviolabilité de la personne, l'article 115 l'inviolabilité du domicile, l'article 117 le secret de la correspondance et de la communication téléphonique, l'article 118 la liberté d'opinion et

Dès l'élaboration et le vote de la Constitution, l'article fit l'objet de très vives et nombreuses discussions au sein de la classe politique et parmi les publicistes[79]. En suivant les contours du conflit théorique exposé précédemment, il est possible de distinguer schématiquement deux positions adverses autour de l'interprétation de l'article 48, et qui développent chacune une conception divergente de l'institution dictatoriale dont l'appellation même se réclame de la dictature romaine[80]. Ces positions se développent peu à peu après la promulgation de la Constitution, mais se cristallisent à Iéna, suite à la première rencontre annuelle de l'Association des juristes constitutionnalistes allemands en 1924, où Schmitt et Jacobi, alors respectivement professeur de droit constitutionnel à l'université de Bonn et professeur de droit constitutionnel à l'université de Leipzig, se lancent conjointement dans une attaque contre la théorie dominante de l'inviolabilité de la Constitution[81].

La théorie de l'inviolabilité de la Constitution, généralement admise par la doctrine, est formulée par Richard Grau dans sa monographie publiée en 1922, *Die Diktaturgewalt des*

d'expression, l'article 123 la liberté de réunion, l'article 124 la liberté d'association et l'article 153 l'inviolabilité de la propriété.

[79] Il est à noter que, lors des débats à l'Assemblée constituante, l'usage abusif de l'article 68 de la Constitution impériale portant sur l'état de siège n'est pas sans peser sur les débats parlementaires. En effet, suite à la proclamation de l'état de siège le 31 juillet 1914, le Kaiser transfère des pouvoirs spéciaux aux autorités militaires pour la durée de la guerre. Avec l'arrivée de Hindenburg et de Ludendorff à la tête du haut commandement, l'armée développe un usage abusif de ces pouvoirs en se fondant sur une interprétation extensive de l'article. Il faut d'ailleurs souligner la place qu'occupe l'armée dans la construction de l'unité allemande, et donc dans la gestion des conflits intérieurs au XIX[e] siècle, qui conduit Isabel V. Hull à soutenir que la tâche la plus importante de l'armée prussienne après 1815 n'est pas la défense nationale, mais celle de la monarchie contre ses ennemis politiques intérieurs. (*Cf.* Hull, 2005, p. 103). La réminiscence de ces abus conduit certains députés de l'USPD à s'opposer fermement à l'idée que les pouvoirs d'urgence soient inscrits dans la Constitution. (*Cf.* Watkins, 1939, p. 13) Mais, parce que l'article 48 s'inscrit dans le cadre d'une république parlementaire, au sein de laquelle l'empereur, irresponsable, cède la place au président élu et à un gouvernement responsable, et où le pouvoir militaire est soumis au pouvoir civil, la continuité de l'article 48 et de l'article 68 semble relativisée par le passage d'un système monarchique vers un système républicain. C'est pourquoi les débats politiques porteront au final assez peu sur la nécessité qu'un tel pouvoir soit accordé au président, ce sur quoi les députés, à l'exclusion des socialistes indépendants (USPD), sont relativement d'accord, mais bien davantage sur la manière de limiter ces pouvoirs. *Cf.* Vermeil, 1923 ; Rossiter (1948), 2009, pp. 31 et ss ; Finn, 1991, p. 146 et Watkins, 1939, p. 14.

[80] Les pouvoirs issus de l'article 48 sont effectivement qualifiés de dictature, ou *verfassungsmassige Diktatur,* par l'ensemble des juristes de l'époque, en référence à la dictature romaine qui consiste elle-même en une institution juridiquement qualifiée. « That the dictatorship as such was believed to be legitimate and legal might seem awkward to us, as we have become familiar with the totalitarian dictatorships of fascism and communism and their fatal consequences. Yet, with their notion of a constitutional dictatorship, the lawyers and scholars of the Weimar Republic were, in fact, linking up with an age-old tradition going back to Rome and even beyond, that, at the time, had not yet become tainted by excesses that would later discredit the institution of dictatorship.»: Wilde, 2010 p. 139.

[81] Schmitt publie sa première interprétation de l'article 48 en 1921 dans *la Dictature*, et Grau formule pour sa part sa théorie de l'inviolabilité de la Constitution en 1922, à peine deux ans avant la rencontre de Iéna.

Reichsprasidenten und der Landesregierungen[82]. Cette théorie se développe autour de deux thèses majeures. D'une part, elle soutient le caractère strictement constitutionnel de la dictature, à l'encontre de toute thèse visant à déduire les pouvoirs dictatoriaux d'une norme suprapositive ou d'un fondement politique, et procède donc d'une stricte interprétation de l'article lui-même. D'autre part, la théorie dominante défend le caractère inviolable de la Constitution, à l'exclusion des suspensions ou dérogations explicitement admises par l'article constitutionnel lui-même dans le paragraphe 2 de l'alinéa 2. Ainsi, l'énumération contenue dans l'alinéa 2, §2 de l'article est comprise comme une limitation de l'habilitation générale du §1, tous les autres articles constitutionnels ne pouvant être dérogés.

En 1922, Grau défend sa thèse au moyen de trois arguments principaux[83] : dans un premier argument de nature historique, et que Grau maintient en 1932, le juriste observe que les législations de crise antérieures, en particulier l'article 111 de la Constitution prussienne et l'article 68 de la Constitution de 1871 n'ont autorisé que des suspensions limitées de certains articles constitutionnels[84]. Les Constitutions prérévolutionnaires étaient donc

---

[82] La doctrine de l'inviolabilité (*Unantastbarkeitslehre*) défendue par R. Grau fait l'objet de plusieurs publications. Elle s'expose d'abord dans une monographie datant de 1922, *Die Diktaturgewalt des Reichpräsiden und der Landesregierungen*, qui donne lieu aux critiques formulées par Jacobi et par Schmitt en 1924. Suite à ces critiques, R. Grau commet plusieurs articles sur la question qui prolongent sa première étude, non sans intégrer les objections formulées à son encontre, en particulier celles de Schmitt et de Jacobi. Ainsi, en 1927, le juriste publie «Diktaturgewalt und Reichsverfassung »' dans *Gedachtnisschrift fur Emil Seckel* (Berlin, 1927, p. 430-494), puis, en 1932, G. Anschütz et R. Thoma insèrent « Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten » et « Die Diktaturgewalt der Landesregierungen » dans leur *Handbuch des deutschen Staatsrechts*. *Cf.* R. Thoma et G. Anschütz, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, t. 2, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1932 , pp. 274-295.

[83] Sur les trois arguments défendus par Grau en 1922, *Cf.* Wilde, 2010, pp. 140-141. Jacobi récapitule également ces trois arguments. *Cf.* Jacobi, 1924, p. 107.

[84] Grau, 1932, p. 281. L'article 48 trouve effectivement en partie ses sources dans l'article 68 de la Constitution impériale de 1871 qui autorise l'empereur, « quand la sûreté publique est menacée sur le territoire de l'Empire, [à] proclamer l'état de siège dans cette partie », c'est-à-dire, selon Laband, en cas de guerre dans les provinces déjà partiellement occupées ou menacées par l'ennemi, et en cas d'insurrection qui « mettrait gravement en danger la sécurité publique. » : Laband, 1903, p. 72. L'article 68, réglé sur la loi prussienne du 4 juin 1851, permet à l'officier local le plus gradé, dans une région soumise à l'état de siège, de prendre le contrôle direct de l'administration civile locale : le pouvoir exécutif passe dans les mains des commandants militaires, et les « ordonnances de ces derniers doivent être exécutées sans hésitation et sans examen, si toutefois ces ordonnances sont conformes à la loi. » : Laband, 1903, pp. 72-73. L'article permet également que certaines actions punissables soient passibles d'une peine plus rigoureuse, de même qu'il autorise la création de tribunaux militaires. Enfin, l'article suspend certaines dispositions de la Constitution prussienne portant sur les libertés individuelles : l'article 5 sur la garantie de la liberté personnelle, l'article 6 sur l'inviolabilité du domicile, les articles 27 et 28 sur la liberté de la presse, les articles 29 et 30 sur la liberté de réunion et d'association, et l'article 36 sur l'intervention de la force armée. C'est évidemment à cette énumération limitative que se réfère Grau dans son interprétation. Néanmoins, force est de constater que l'interprétation de Laband, qui peut être considérée comme dominante, est beaucoup plus large que Grau ne semble l'admettre. Pour Laband, en effet, l'article 68 sur l'état de siège constitue un véritable prolongement de l'état de guerre sur le territoire intérieur, et engendre de très profonds bouleversements dans l'application du droit. Plus précisément, la Constitution donne selon lui pouvoir à l'empereur « de suspendre momentanément le droit existant, c'est-à-dire, même les lois de l'Empire. » : Laband, 1903, p. 80. Une

admises comme inviolables par rapport aux pouvoirs extraordinaires, avec pour seule exception que certains droits fondamentaux pouvaient être suspendus lors de l'état de siège[85]. Or, la Constitution de Weimar s'inscrit dans la continuité de cette conception fondamentale du droit politique, dont elle ne dévie que dans le sens du renforcement de l'inviolabilité de la Constitution. Il est donc à exclure que la Constitution de Weimar autorise des suspensions moins protectrices des libertés que les Constitutions monarchiques et impériales antérieures[86].

Le second argument, de nature logique, est un argument *a contrario*, qui souligne que l'énumération explicite de certains articles auxquels il peut être dérogé dans le paragraphe 2 peut seulement signifier que les autres ne le sont pas :

> « L'ajout de cette phrase peut seulement signifier que le Président est autorisé à faire quelque chose qui n'est pas encore inclus dans ses pouvoirs de prendre les mesures nécessaires. »[87]

Mais c'est surtout le dernier argument, que Wilde qualifie de systématique, qui fonde véritablement la doctrine de l'inviolabilité, et qui permet de comprendre l'articulation de l'interprétation de l'article 48 et de l'article 76 dans une pensée générale des pouvoirs de crise. Selon Grau, en effet, toute atteinte portée aux lois constitutionnelles équivaut à un amendement de la Constitution. Or, les mesures que le dictateur est autorisé à prendre en vertu de l'article 48 ne remplissent pas les conditions fixées par l'article 76 portant sur la procédure d'amendement de la Constitution ; par suite, le Président n'est nullement autorisé à prendre toutes les mesures nécessaires hors du cadre limitatif du § 2[88].

Cette interprétation de l'article 48, moyennant certaines divergences sur lesquelles nous reviendrons, est admise aussi bien par Gerhard Anschütz, que par Richard Thoma, Hugo Preuss, Hans Nawiaski, ou Hans Kelsen.

---

suspension du droit qui donne lieu à ce que le juriste qualifie de véritable dictature militaire : « La proclamation de l'état de guerre peut être considérée au fond comme l'introduction d'une dictature militaire. » : Laband, 1903, p. 71. C'est pourquoi le recours à la continuité juridique de la Constitution de Weimar et de la Constitution impériale sert plus vraisemblablement les thèses de Schmitt que celles de Grau, comme le souligne Jacobi. *Cf.* Jacobi, 1924, p. 115.

[85] *Ibid.*

[86] Grau, 1932, p. 282.

[87] « Die Hinzufugung des Satzes kann nur bedeuten, dass dem Reichspräsidenten etwas erlaubt werden soll, was in der Befugnis zum Treffen der nötigen Maßnahmen noch nicht enthalten ist. »: R. Grau, *Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten und der Landesregierungen*, *op. cit.*, p. 51. Cité dans Wilde, 2010, p. 141.

[88] R. Grau, *Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten und der Landesregierungen*, op. cit., p. 51-53. Cité dans Wilde, 2010, p. 141.

Pour l'ensemble de ces auteurs, en effet, et bien qu'ils ne développent pas la même théorie du droit, les pouvoirs dictatoriaux du Président sont rigoureusement fondés sur l'article 48 à l'exclusion de tout droit supérieur, mais également de toute interprétation constructive ou substantielle de la Constitution. Ainsi pour Thomas, dans « un Etat constitutionnel républicain structuré, il ne peut y avoir de droit de nécessité de l'Etat au-delà de ce qui est prévu par la Constitution » [89]. De même, Anschütz exclut que le pouvoir dictatorial puisse être conçu comme un « instrument transconstitutionnel de la sécurité nationale » : loin d'être au-dessus de la Constitution, il lui est soumis et vise seulement à la conserver[90]. Certes, Anschütz, admet bien que la dictature soit un élément étranger à la fois à l'Etat fédéral et à l'Etat de droit par la concentration des pouvoirs qu'elle autorise dans les mains du président du Reich ; néanmoins, les habilitations législatives matérielles très larges de l'exécutif ainsi que le bouleversement dans l'organisation des pouvoirs auxquels l'article 48 donne lieu sont fondés sur l'article 48 lui-même, qui en délimite précisément l'extension[91].

Cette délimitation repose principalement sur l'argument systématique exposé par Grau, d'après lequel l'alinéa 2 § 2 de l'article 48 renvoie à l'article 76 de la Constitution, qui réglemente les conditions générales de modification de la Constitution par voie législative. Selon les termes de l'article :

> « La Constitution peut être révisée par la voie législative. Toutefois, les décisions du Reichstag portant révision de la Constitution ne sont valables que si les deux tiers du nombre légal des membres sont présents et qu'au moins deux tiers des membres présents se prononcent pour l'affirmative. Les décisions du Reichsrat pour la révision de la Constitution doivent aussi être prises à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés. Au cas où, sur l'initiative populaire, une révision de la Constitution est soumise à référendum, elle doit obtenir l'assentiment de la majorité des électeurs.
>
> Si le Reichstag vote, contre le veto du Reichsrat, une révision de la Constitution, le président du Reich ne peut pas publier cette loi, lorsque, dans le délai de deux semaines, si le Reichsrat demande le référendum. »[92]

---

[89] R. Thoma, « Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung », in *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, vol. II, publié par R. Thoma et G. Anschütz. Tübingen: Mohr, 1930–32. Cité dans Jacabs, 2005, note 84, p. 471. Traduction de Jacabs.

[90] Anschütz, 1921, pp. 106-108.

[91] *Ibid.*

[92] Traduction française de Brunet in Beaud, 1993, p. 554.

Selon l'interprétation dominante émise par les juristes positivistes, le Reichstag est autorisé en vertu de l'article 76 à modifier *n'importe laquelle* des lois constitutionnelles par un vote des deux tiers de l'Assemblée. Ainsi, pour Anschütz tout comme pour Thoma, il n'existe aucune limitation matérielle au pouvoir de révision constitutionnel détenu par le Reichstag. La hiérarchie de la Constitution et des simples lois ordinaires se voit donc relativisée, et le principe d'un pouvoir constituant récusé. En d'autres termes, selon la célèbre formule de Anschütz, l'article 76 met la Constitution à la disposition du législateur :

> « "La Constitution peut être modifiée par voie législative." Cette proposition était déjà en vigueur dans l'ancien droit. (…) Elle signifie que la loi constitutionnelle et la loi ordinaire représentent l'expression d'un seul et même pouvoir, le pouvoir législatif. Contrairement à l'Amérique du Nord, l'idée d'un pouvoir constituant spécial, distinct du législatif et supérieur à lui, demeure aussi étrangère au droit allemand qu'elle l'était auparavant. *La Constitution ne se situe pas au-dessus du législatif, mais elle est à sa disposition, avec ordre pour lui d'observer, le cas échéant, les formes particulières qui lui sont prescrites pour la révision de la Constitution.* »[93]

Ainsi que l'admet bien volontiers Anschütz lui-même, les thèses positivistes prolongent sur ce point nettement la théorie labandienne, d'après laquelle la loi est l'expression de la volonté de l'Etat. Une proposition axiomatique dont nous avions vu, dans l'introduction de notre première partie, qu'elle fonde le principe d'un pouvoir de révision constitutionnel illimité du législateur sur la base de l'article 78 de la Constitution impériale. Par suite, comme Anschütz après lui, Laband relativise la différence de la loi et de la Constitution. Mais la sanction de la loi appartenant au Bundesrat, le Reichstag ne dispose que d'une fonction assez subsidiaire, et la théorie d'ensemble reçoit donc une orientation nettement conservatrice. En revanche, avec l'avènement de la République, le même schéma théorique acquiert une tout autre signification politique, puisque c'est désormais le Reichstag qui détient l'essentiel du pouvoir législatif[94]. De telle sorte que la théorie du pouvoir illimité de

[93] G. Anschütz, 1921, pp. 136 et ss. Traduit dans Baumert, 2009, p. 222-23. Nous soulignons.
[94] Ainsi, pour Caldwell : « In the positivist tradition, the sovereign was legally unlimited. Anschütz and Thoma took that principle to its logical conclusion in their analysis of the Weimar Constitution. Article 76 created rules for altering the Constitution (…). » : Caldwell, 1997, p. 69. Une analyse qui nécessite de souligner nettement que le peuple n'est pas ici le souverain illimité qui dispose d'un pouvoir constituant permanent : le pouvoir illimité de révision constitutionnel appartient seulement au législateur, en vertu de la Constitution. C'est pourquoi, si, pour Anschütz, comme pour Thoma, la soumission de la Constitution au législateur repose en dernière instance effectivement sur l'article 1er de la Constitution, d'après lequel « le pouvoir de l'Etat [*Staatsgewlt*] procède du peuple », néanmoins, pour les deux auteurs, le peuple doit toujours être représenté, et il n'existe à proprement parler pas d'autre définition de la démocratie que formelle et donc représentative : « The very first article state the guiding principle: "State power emanates from the people". The state power spoken of here, Reich power, is located and has its source not outside of

l'Etat, qui anime l'interprétation de l'article 76, engage désormais une nette défense du parlementarisme[95].

Et Thoma en tire même les conséquences politiques, en soutenant que le mauvais usage de l'article, autrement dit l'utilisation de l'article par l'Assemblée ou par un plébiscite en vue de transformer la Constitution dans un sens antidémocratique, est la conséquence même du principe démocratique d'autodétermination, et par suite, le risque même de la liberté[96] :

> « The opinion that the doubled *pouvoir constituant* regulated by Article 76 be without limits, that one cannot have "really decided in Weimar for a system of apparently legalized *coup d'Etat*", fails to appreciate the idea – daring, perhaps, but sublime in its consistency – of free, democratic self-determination. Certainly freedom can be demagogically misused. But how would it be freedom otherwise ? »[97]

Bien des juristes conservateurs, très généralement méfiants à l'égard du Parlement, vont repousser une telle interprétation, dans laquelle ils décèlent les prémices d'un « absolutisme parlementaire ». Mais Thoma souligne que, dans le cadre formel de l'Etat de droit (*Rechtsstaat*), toute autorité, et donc le Parlement lui-même, demeure soumise à des règles et à des contrepoids qui délimitent le cadre de son activité. En exigeant un vote des deux tiers de l'Assemblée pour qu'une modification de la Constitution soit apportée, on ne fournit donc pas les instruments de l'absolutisme du Parlement, selon Thoma, mais on empêche au contraire toute tyrannie de la majorité :

> « This, then, is the system of "check and balances"* with which the Constitution prohibits rule by parliamentary majority beyond certain extreme limits. If one surveys this richly developed system of counterweights and limitations *in toto*, it follow that nothing is more perverse than to complain about a supposed parliamentary absolutism of the German Reichstag. » [98]

---

and above the people, but in it; it is synonymous with the common will of the entire people. Two of the major organs that are to create, explain, and execute this common will, the Reichstag and the president, are filled by popular election, so that not only the legislature, but also the highest bearer of the executive are direct agents of the national will. » : Anschütz, *Drei Leitgedanken der Weimarer Reichsverfassung: Rede gehalten bei der Jahresfeier der Universität Heidelberg am 22*. November 1922, traduit in Jacobson et Schlinck, 2002, p. 144. *Cf.* également Thoma, *Das Reich als Demokratie*, traduit in Jacobson et Schlink, 2002, p. 162 et Jouanjan, 2002, p. 34.

[95] *Cf.* Baumert, 2009, p. 224, déjà cité dans l'introduction de cette partie.

[96] L'article 76 ouvre également la voie à une possible révision de la Constitution par plébiscite : « Alongside this normal method of constitutional amendment, however, it also opened the gates to a second, extraordinary *pouvoir constituant*, that begins with the popular initiative and, if the Reichstag resists, is decided by plebiscite (according to Article 76 and 73). » : Thoma, 30-32, in Jacobson et Schlink, 2002, p. 163.

[97] Thoma, 1930-32, in Jacobson et Schlink, 2002, p. 163.

[98] Thoma, 1930-32, in Jacobson et Schlink, 2002, p. 169. * En anglais dans le texte.

C'est pourquoi, en tenant compte du réquisit de la majorité des deux tiers qui « limite sensiblement tout futur Reichstag dans l'objectif de consolider le nouvel ordre », rien ne justifie les limites matérielles que bien des auteurs antipositivistes voudraient poser au pouvoir de révision constitutionnel détenu par l'Assemblée[99].

Mais il y a plus. Car l'interprétation positiviste dominante admet que le législateur peut, sur le fondement de l'article 76, effectuer des réglementations juridiques qui modifient la Constitution sans qu'il s'agisse pourtant d'une révision exprès de la Constitution. Ce qui signifie que les lois ordinaires, lorsqu'elles sont votées à la majorité qualifiée des deux tiers et qu'elles portent atteinte à une disposition constitutionnelle, doivent être considérées comme des révisions constitutionnelles. Ainsi, pour Anschütz :

> « Pour qu'une modification constitutionnelle soit effective, il n'est pas nécessaire qu'elle ait été expressément qualifiée comme telle par le législateur ou même qu'elle ait été incluse dans la Constitution. »[100]

C'est pourquoi les dérogations ou suspensions apportées à la Constitution en vertu de l'alinéa 2 de l'article 48 sont bien considérées comme des *modifications constitutionnelles* strictement limitées par l'énumération des articles auxquels il est permis de porter atteinte. En outre, comme le précise Anschütz, les suspensions de dispositions constitutionnelles ne peuvent signifier l'annulation de la norme au moment de la suspension, puisqu'elle demeure nécessaire à l'application des autres normes constitutionnelles[101].

Ainsi, il est nécessaire de comprendre l'interprétation dominante de l'article 48 de manière articulée avec l'interprétation de l'article 76. Et ce non pas seulement parce que la détermination des conditions d'une révision constitutionnelle par l'article 76 limite les atteintes qui peuvent être portées à la Constitution en vertu de l'article 48, mais également parce qu'une lecture articulée des deux articles témoigne de l'orientation nettement favorable à la défense du parlementarisme de l'interprétation positiviste. Car, en autorisant à la fois le législateur à émettre des lois d'habilitation matériellement illimitées, tout en restreignant les pouvoirs réglementaires exceptionnels du Président, il est clair qu'il s'agit bien toujours de maintenir le contrôle du Parlement sur l'exécutif. Autrement dit, *il est possible de considérer l'interprétation positiviste de l'article 48 et celle de l'article 76*

[99] Thoma, 1930-32, in Jacobson et Schlink, 2002, p. 163.
[100] Anschütz, 1921, pp. 136-138. Traduit dans Klein, 1997, p. 144.
[101] Anschütz, 1921, pp. 282-283.

comme les deux versants d'une théorie générale des pouvoirs de crise qui défend à la fois le strict respect du principe de légalité et la primauté de l'Assemblée.

Et nous allons voir que la première théorie de la dictature formulée par Schmitt[102] peut être considérée comme une lecture conservatrice relativement classique, visant à dénoncer les excès d'un parlementarisme illimité, et construite par opposition à cette interprétation dominante.

C. La première théorie conservatrice de Schmitt dans la *Dictature*

La Dictature ne se présente nullement comme un ouvrage classique de doctrine juridique, mais comme une l'histoire de l'institution dictatoriale, articulée avec celle de la formation de l'Etat moderne. L'ensemble des lignes directrices de l'ouvrage converge vers la question des dangers inhérents à l'Etat constitutionnel libéral, dangers dont l'article 48 est

[102] Carl Schmitt (1888-1985) est issu d'une famille catholique de petite bourgeoisie, en partie originaire de Lorraine. Il entame des études de droit à Berlin, qu'il poursuit ensuite à Strasbourg, où il soutient sa première thèse de droit criminel en 1910, puis rédige sa thèse d'habilitation en 1914, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Individuums* [La valeur de l'Etat et l'importance de l'individu]. Il devient professeur de droit public à la Faculté de l'université de Greifswald en 1921, avant de trouver un poste à l'université de Bonn en 1922. En 1927, il succède à Hugo Preuß à la chaire de droit constitutionnel de l'Ecole supérieure de commerce de Berlin. En raison de son catholicisme revendiqué, de ses positions très conservatrices et de sa brillante culture, Schmitt occupe une position quelque peu marginale dans le champ académique : par ses thèses politiques et esthétiques, il s'inscrit en grande partie dans le champ actif de ce que l'on qualifiera plus tard de « révolution conservatrice ». Mais son catholicisme peu orthodoxe, qui témoigne notamment de l'influence de Maurras, le situe également dans le sillage de l'Action française. Les années 20 sont marquées par une intense production intellectuelle, et il participe en particulier activement à la querelle des méthodes. A partir de 1930, il devient le conseiller juridique officieux du gouvernement Brüning, notamment auprès du général Schleicher, et demeure « conseiller du prince » jusqu'en 1933. Il intervient très officiellement dans l'affaire du coup de Prusse du 20 juillet 1932, où il agit en tant que représentant des intérêts du Reich. Et il participe peu après à la préparation d'un coup d'Etat préparé par le gouvernement suite à l'échec des élections de 1932 (qui donnent plus de 50% des voix au parti nazi et au parti communiste), et dont l'objectif était à la fois d'interdire les deux partis déclarés anticonstitutionnels et d'instaurer un Etat fort. Après l'arrivée de Hitler au pouvoir, Schmitt ne se contente pas d'adhérer au parti sur l'invitation de Heidegger, mais il va défendre dans des textes proprement infâmes la politique hitlérienne y compris dans son antisémitisme le plus violent, ainsi que lors de la purge des S.A. Il devient dès 1933 l'un des conseillers pour le Land prussien et intègre par la suite la principale organisation juridique nazie. En raison de luttes intestines au sein de l'organisation juridique du parti, Schmitt est contraint de démissionner en 1936, où commence une période de disgrâce qui durera jusqu'à la chute du régime nazi. Après la guerre, le juriste est arrêté par les troupes américaines, et il passe près de deux ans en détention, en tant que potentiel accusé au Tribunal de Nuremberg, où il n'apparaîtra que comme simple témoin. Finalement élargi, il demeurera ensuite écarté de toute fonction universitaire et marginalisé à l'égard de la vie intellectuelle. Néanmoins, il maintient une véritable influence par ses publications, son importante correspondance et ses interventions dans des cercles restreints. Il meurt en 1988 à Plettenberg, sa ville natale. Sur la biographie de C. Schmitt, on peut voir notamment Cumin, 2005, Beaud, 1997 et Balakrishnan, 2006. Il est également indispensable de lire les articles rédigés par Schmitt sous le nazisme, qui témoignent de l'ampleur de sa compromission. *Cf.* « La science allemande du droit dans sa lutte contre l'esprit juif » (1936), 2003 et « Le Führer protège le droit. A propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934 » (1934), 2003.

à la fois le symptôme et le remède[103]. Dans ce cadre, l'argumentation de Schmitt se développe dans deux directions : d'un côté, le juriste dresse une histoire parallèle de la dictature et de la formation de l'Etat moderne, qui lui permet de défendre l'idée d'après laquelle, la dictature ayant accompagné la formation de l'Etat moderne, seul un aveuglement aux conditions concrètes qui président à l'application du droit permet de penser que l'usage de la dictature pour le maintien de l'unité étatique fait partie d'un passé révolu. De l'autre côté, il s'agit de montrer que l'article 48 est le point d'aboutissement d'une évolution malheureuse de l'Etat constitutionnel, issue à la fois de l'avènement de la souveraineté populaire et d'un effort tendant à la réglementation de l'activité étatique caractéristique de l'Etat de droit qui brouille la distinction de la situation ordinaire et de la situation ordinaire sur laquelle repose la dictature, et menace de transformer l'Etat constitutionnel en une pure et simple dictature populaire permanente – ou en une forme de despotisme démocratique. Et nous verrons dans cette partie que c'est bien la possibilité d'une dictature parlementaire qui est visée par le juriste.

1- La dictature : un instrument technique et transitoire

La notion de dictature trouve ses sources historiques, selon Schmitt, à la fois chez Machiavel et chez Bodin[104]. Chez Machiavel, d'abord, et plus généralement dans la théorie de la raison d'Etat, émerge selon le juriste l'idée d'une institution constitutionnelle spécifiquement républicaine permettant de répondre à l'urgence au moyen d'une pure exécution technique. La théorie de Machiavel offre effectivement deux des caractéristiques principales de la dictature de commissaire. D'une part, il s'agit d'un organe constitutionnel, c'est-à-dire d'un organe habilité par une norme constitutionnelle et en aucun cas un exercice tyrannique du pouvoir[105]. Si le dictateur possède d'ailleurs le

[103] Müller insiste sur l'aspect chaotique de l'ouvrage, dont il est certainement possible de se demander s'il ne possède pas une fonction, qui consiste à tempérer le caractère assez radical des thèses défendues. Müller, 2007, p. 38.
[104] L'origine de l'institution dictatoriale se trouve dans l'histoire romaine. Ce qui montre, pour Schmitt, que, dès son origine, la dictature a été pensée comme une institution transitoire au service de la république. Néanmoins, la dictature romaine ne fait l'objet d'aucun développement dans l'ouvrage de 1921, probablement parce qu'elle ne concerne pas directement la formation de l'Etat moderne.
[105] Pour « la République, la dictature est très précisément une question vitale. Et ce parce que le dictateur n'est pas un tyran, et que la dictature n'est pas une forme de pouvoir absolu, mais une manière spécifique, pour la Constitution républicaine, de sauvegarder la liberté. » : Schmitt (1921), 2000, p. 26. Notons cependant que, si Machiavel insiste sur les dangers qu'il y aurait à ne pas inscrire la dictature dans la

pouvoir de décider et d'exécuter immédiatement ses décisions (mesures et peines) sans subir le contrôle d'une autre instance, il ne peut en revanche ni modifier les lois en vigueur ou l'organisation des pouvoirs publics, ni les abolir ou faire de nouvelles lois : le dictateur n'est pas souverain[106]. En outre, les autorités régulières sont maintenues, même si l'exercice de leur charge est suspendu, comme une forme de contrôle dont Schmitt n'examine pas le contenu, mais qui manifeste clairement la fonction de la dictature : le retour à l'application normale et régulière du pouvoir.

D'autre part, la dictature s'exerce au moyen de normes *techniques*, c'est-à-dire de règles dont le contenu est exclusivement déterminé par la finalité concrète qu'il s'agit d'atteindre en fonction des conditions objectives données. Et, parce qu'elle marque l'introduction de la rationalité technique dans le champ politique, la dictature témoigne de manière générale de l'autonomisation de la politique qui accompagne la naissance de l'Etat moderne :

> « La convergence de ces trois éléments – rationalisme, technicité et pouvoir exécutif – en direction de la dictature (…) marque les débuts de l'Etat moderne. Sur le plan historique, l'Etat moderne est né d'une technique politique adéquate aux faits. Avec lui, comme son reflet théorique, naît la théorie de la raison d'Etat, c'est-à-dire une maxime sociologico-politique située par-delà l'opposition du juste et de l'injuste, uniquement dérivée de la nécessité de conserver et d'augmenter la puissance politique. »[107]

Constitution républicaine, c'est autant parce qu'il considère que des moyens rapides et efficaces sont nécessaires à la sauvegarde de la République que parce que les moyens illégaux que l'on ne devrait pas manquer de prendre en l'absence d'une dictature constitutionnelle présentent un modèle désastreux pour la suite du gouvernement : « Quand une pareille institution manque dans une république, il faut, en suivant les voies ordinaires, voir la Constitution périr, ou bien s'en écarter pour la sauver. Or, dans un Etat bien constitué, il ne doit survenir aucun événement pour lequel on ait besoin de recourir à des voies extraordinaires ; car, si les moyens extraordinaires font du bien pour le moment, leur exemple fait un mal réel. L'habitude de violer la Constitution pour faire le bien autorise ensuite à la violer pour colorer le mal. Une république n'est donc jamais parfaite, si les lois n'ont pas pourvu à tout, tenu le remède tout prêt et donné le moyen de l'employer. Et je conclus en disant que les républiques qui, dans les dangers imminents, n'ont pas recours ou à un dictateur ou à de pareils magistrats, doivent y périr infailliblement. » : Machiavel (1531), 1980, pp. 95-96.

[106] Ainsi, pour Machiavel : « L'autorité [du dictateur] s'étendait à pouvoir délibérer seul sur les moyens d'écarter le péril présent, à tout faire sans être obligé de prendre conseil, à punir sans appel ; mais il ne pouvait rien ordonner qui altérât la forme du gouvernement : ainsi, diminuer l'autorité du Sénat ou celle du peuple, détruire l'ancienne Constitution, en établir une nouvelle ; tout cela passait son pouvoir. » : Machiavel (1531), 1980, p. 95. Et Schmitt souligne fermement la distinction du dictateur et du prince : « Le Prince dont Machiavel a esquissé le portrait a parfois été appelé "dictateur" par les auteurs postérieurs, et les méthodes de gouvernement décrites dans *Il Principe* ont été qualifiées de "dictature". Mais c'est en contradiction avec la conception de Machiavel. Le dictateur est toujours un organe républicain, extraordinaire certes, mais toujours constitutionnel, il est *"capitano"* comme le consul et d'autres *"chefs"* (*Discorsi*, II, chap. 33) En revanche, le Prince est souverain. » : Schmitt (1921), 2000, p. 27. *Cf.* également : Schmitt (1921), 2000, p. 28.

[107] Schmitt (1921), 2000, p. 31.

Par cette thèse, Schmitt soude définitivement l'unité effective de l'Etat à l'application d'un pouvoir d'exécution rigoureusement technique et objectif. Néanmoins, le juriste expose peu après les limites d'une identification de la dictature et de la raison d'Etat, en raison de l'impuissance de cette dernière à penser l'autonomie du droit :

> « Or, là où, par principe, existe un intérêt purement technique pour les problèmes relatifs à l'Etat et à la politique, les considérations juridiques peuvent également se révéler inopportunes et aller à l'encontre des moyens adéquats à la situation. La conception absolument technique de l'Etat reste hermétique à ce qui fait la valeur propre, absolue, du droit, indépendante de toute finalité. »[108]

Effectivement, pour Machiavel, la dictature est une technique politique parmi d'autres, à l'intérieur d'une conception plus large de la politique qui se définit comme une technique rationnelle adéquate aux faits et mise au service de l'augmentation de la puissance de l'Etat[109]. C'est donc l'*ensemble* des moyens politiques du gouvernement qui sont définis en termes techniques, de telle sorte que la théorie de la raison d'Etat telle qu'elle s'expose chez Machiavel brouille la distinction entre temps de guerre et temps de paix, temps ordinaire et temps d'exception : la nécessité impose un état de guerre permanent incompatible avec une authentique définition de la dictature, qui repose précisément sur la ferme distinction entre situation normale et situation exceptionnelle[110]. Aussi, bien que la notion de dictature puise ses sources dans la théorie de la raison d'Etat, et plus généralement dans la pensée politique propre à la Renaissance, elle doit être distinguée de la première[111]. Car, si le caractère technique et le fondement constitutionnel de la dictature républicaine définissent la dictature bien comprise, ils ne sont pas suffisants pour la distinguer d'autres techniques de gouvernement au sens large[112]. La conception « machiavélienne » de la dictature est donc *politique*, au sens où elle s'inscrit dans une conception technique de la politique dans laquelle le droit est réduit au statut d'instrument

---

108 Schmitt (1921), 2000, p. 30.

109 J.-F. Kervégan conteste la lecture que Schmitt produit de Machiavel, qu'il distingue de celle qu'en fait Hegel qui interprète la pensée de Machiavel dans une perspective éthique. *Cf.* Kervégan, 1992, p. 138.

110 On peut voir sur ce point les travaux importants et désormais classiques de M. Senellart. *Cf.* Senellart, 1989, chapitre II.

111 Sur la question de la filiation entre état d'exception et Raison d'Etat, on peut lire l'article très riche de Bernard Manin, pour lequel une telle filiation est nettement l'hypothèse la plus recevable. Il se réfère sur cette question aux travaux de M. Senellart et au cours de M. Foucault sur la naissance de la biopolitique et sur la « science de la police ». *Cf.* Monod, 2007, p. 89.

112 « Mais cette analyse purement technique des lois et de la survie et de l'expansion politique n'admettait guère la distinction entre les prérogatives ordinaires et exceptionnelles de la souveraineté. » : Balakrishnan, 2006, p57 ; *cf.* également McCormick, 1997, pp. 127 et ss.

– même s'il peut être éventuellement utile pour le prince de se soumettre au droit comme il peut l'être également de se soumettre à la morale[113].

C'est Bodin qui fournit donc le second élément caractéristique de la dictature au moyen de sa définition juridique de la souveraineté fondée sur la distinction de la situation ordinaire et de la situation extraordinaire.

En effet, Schmitt cherche à montrer que l'on ne peut comprendre la définition classique de la souveraineté chez Bodin sans l'éclairer à partir de la question de la situation exceptionnelle, sans laquelle la définition de la souveraineté comme « puissance absolue et perpétuelle » demeure vide[114]. Car l'idée de puissance physique illimitée n'a pas de sens d'un point de vue factuel et ne signifie rien quant au droit[115]. Il ne peut donc y avoir de puissance suprême qu'au regard d'un ordre normatif :

> « Ce qui est décisif, c'est la relation juridique, à savoir le fait que la puissance, si grande soit-elle en réalité, peut être dérivée. »[116]

Cette définition juridique de la souveraineté comme puissance non dérivée repose sur deux thèses articulées. D'une part, la puissance souveraine est celle qui n'est déduite d'aucune norme juridique ni d'aucune autorité supérieure, et qui est donc comme telle illimitée[117]. Mais, d'autre part, une telle puissance non dérivée ne possède de valeur juridique qu'en relation avec un ordre juridique stable. Schmitt souligne ainsi que, pour Bodin, le souverain se doit de respecter l'organisation des charges, de telle sorte que la monarchie sous la Renaissance se voit même qualifiée par le juriste d'« *Etat de droit* monarchique », c'est-à-dire d'Etat dans lequel l'exercice ordinaire de la souveraineté est soumis à des normes[118]. Mais l'affirmation d'après laquelle la notion de puissance souveraine non dérivée ne possède de sens juridique que si la souveraineté s'exerce ordinairement dans un cadre normatif, c'est inversement soutenir, pour Schmitt, que la notion de souveraineté

---

113 « Là où tout dépend de la situation concrète et du résultat concret à atteindre, la distinction entre le juste et l'injuste devient une formalité inutile, sauf à l'inclure dans un calcul, comme une circonlocution employée par raison d'opportunité, ou comme expression des représentations du juste et de l'injuste qui dominent fatalement les hommes. » : Schmitt (1921), 2000, p. 36.

114 « Aucune (des présentations historiques du développement de la notion de souveraineté) ne s'est apparemment donnée la peine d'examiner plus précisément l'expression indéfiniment répétée et complètement vide de "puissance suprême", chez les auteurs célèbres qui ont traité de la notion de souveraineté. » : Schmitt, 1922, p. 17-18.

115 « Il n'y a pas, dans la réalité politique, de puissance suprême, c'est-à-dire de puissance la plus grande possible, irrésistible, fonctionnant avec la régularité des lois naturelles ; la puissance ne prouve rien quant au droit. » : Schmitt (1922), 1988, p. 28.

116 Schmitt (1921), 2000, p. 43.

117 Sur ce point, voir Beaud, 1996, pp. 625-633.

118 Schmitt, 1921, p. 50. Nous soulignons.

chez Bodin vise le cas d'exception, c'est-à-dire l'exercice extraordinaire de la souveraineté en situation d'exception :

> « Ce concept (de souveraineté) vise le cas critique, autrement dit le cas d'exception, comme on le voit déjà chez Bodin. »[119]

Mais, si l'exercice immédiat et illimité de la souveraineté ne s'exerce à proprement parler qu'en situation critique, inversement, la dictature n'est conceptuellement possible qu'à l'intérieur d'un régime politique soumis à un ordre juridique stable : c'est pourquoi *il n'y a de dictature juridique à proprement parler que dans un Etat constitutionnel*[120]. La distinction de l'exercice ordinaire et extraordinaire de la souveraineté se construit autour de l'opposition assumée par Bodin de l'officier et du commissaire. Contrairement à l'officier (fonctionnaire) qui possède une charge ordinaire et régulière fondée sur une loi, le commissaire ne reçoit effectivement sa charge que par un acte de volonté du commettant pour une occasion précise et limitée. En outre, et toujours par opposition à l'officier, la tâche du commissaire n'est pas précisément définie, mais le commettant donne pouvoir au commissionnaire d'accomplir un acte juridique pour son compte, c'est-à-dire, *comme si* le commissionnaire était lui-même le commettant. En ce sens, la dictature n'est jamais, comme le souligne Augustin Simard, une compétence au sens juridique du terme, puisqu'elle ne procède pas d'une habilitation formelle, et ne possède pas de domaine matériel défini[121].

Reste que, si nulle règle légale ne vient limiter l'exercice de ce pouvoir, le commissaire est bien lié à la fois par la tâche concrète qui lui est assignée et par sa dépendance à l'égard de son mandant[122]. Le lien objectif qui lie le dictateur à sa mission concrète constitue le premier volet de la définition de la dictature comme une commission d'action, au double sens où elle est à la fois l'*exécution technique* d'une tâche entièrement déterminée par son objectif concret indépendamment de toute barrière juridique, et l'*exercice transitoire* d'un pouvoir dont le commissaire ne détient pas la compétence au sens juridique du terme :

> « Le dictateur, dans l'intérêt du but à atteindre par son action, reçoit un mandat dont la signification essentielle consiste à pouvoir supprimer les barrières juridiques et à l'autoriser à

[119] Schmitt (1921), 2000, p. 18.
[120] Balakrishnan, 2006, p. 58.
[121] Simard, 2006b, pp. 246-247.
[122] Schwab, 1989, p. 32.

empiéter sur les droits des tiers lorsque les circonstances l'exigent. On n'abroge donc pas les lois sur lesquelles ces droits des tiers se fondent, mais on peut agir, dans un cas concret, sans prendre en considération ces droits si, pour exécuter l'action, la situation l'exige. »[123]

Dans ce cadre, la dictature est essentiellement conçue comme un élément étranger à tout effort d'encadrement juridique, et qui se tient en bordure de l'Etat constitutionnel. Ainsi que l'analyse Augustin Simard :

« Cette notion de commission lui permet d'enkyster à l'intérieur d'une forme juridique la pure exécution technique décrite par Machiavel. Enkyster, disons-nous, car il ne s'agit pas ici de soumettre ce pouvoir d'exécution à certaines règles de droit, et encore moins de faire intervenir des garanties opposables à l'intérieur de son rayon d'action, mais au contraire de l'isoler de toute norme matérielle – de tout tissu juridique – en le liant à une autorisation généralisée de prendre toute mesure nécessaire au rétablissement de l'ordre juridique. »[124]

Une analyse tout à fait juste, si l'on souligne le second volet de la définition de la dictature comme commission d'action, et qui procède de son lien avec le souverain. Car, si tout se passe comme si le dictateur recevait, avec son mandat, la puissance souveraine elle-même (il est un « *commissaire d'action ayant une puissance absolue* »[125]), la dictature demeure une commission d'action dépendante d'un mandant, et elle ne reçoit le pouvoir absolu que de manière « occasionnelle », qu'il s'agit de distinguer de l'exercice ordinaire de la souveraineté qui doit s'exercer à l'intérieur d'un cadre juridique. En ce sens, l'exercice de la dictature suppose une *distinction du souverain et du dictateur*, sans laquelle le souverain absorberait la dictature, transformant l'ensemble de l'Etat en une forme de dictature continue.

Une telle construction théorique articulant les définitions juridiques de la souveraineté et de la dictature sur le fondement d'une nette distinction des deux fonctions ainsi que de la situation ordinaire et de la situation extraordinaire engage deux thèses critiques qui structurent l'ensemble de la pensée schmittienne de la dictature. Ces deux thèses reposent sur l'axiome d'après lequel la réalisation d'un ordre juridique stable suppose *toujours* l'exercice d'un pouvoir illimité en situation exceptionnelle, qu'il s'agit donc seulement de restreindre aux situations exceptionnelles. D'une part, le juriste critique vigoureusement les théories rationalistes de l'Etat de droit qui, par leur défense inconditionnelle de la

[123] Schmitt (1921), 2000, p. 53.
[124] Simard, 2006b, p. 246.
[125] Schmitt, 1921, p. 53. Nous soulignons.

soumission de l'exercice du pouvoir étatique au droit, se rendent incapables de penser la situation d'exception, et, par suite, doivent conduire l'exécutif à revendiquer pour lui-même la totalité des pouvoirs en situation de crise, sans qu'un retour à la situation normale ne soit plus lors envisagé[126]. D'autre part, Schmitt écarte les théories politiques qui cherchent à soumettre la politique à la morale, et qui, par suite, font de la morale un principe de limitation de la dictature. Car, pour le juriste, c'est précisément cette tentative qui doit conduire à l'instrumentalisation la plus aboutie de la dictature, et à la transformation d'un instrument transitoire en instrument politique permanent caractéristique de l'absolutisme. L'objectif de Schmitt étant de faire peser sur ces deux pensées politiques très générales, dont la première vise les théories politiques rationalistes, et la seconde les théories soumettant la politique à la morale, le poids de la responsabilité de la naissance de l'absolutisme.

La première critique structure de manière souterraine l'ensemble de l'ouvrage de 1921, ainsi que nous y reviendrons par la suite. Concernant la naissance de l'Etat moderne, le juriste soutient la thèse d'après laquelle, faute d'avoir pris en considération la situation de crise politique durant laquelle la définition du Bien commun est en jeu, les théoriciens de l'Etat de droit, principalement représentés par les monarchomaques, ont laissé au prince toute latitude pour s'emparer du pouvoir absolu[127]. En effet, Schmitt expose la théorie des monarchomaques, sous la forme d'une tentative visant à soumettre intégralement l'exercice du pouvoir du roi à la loi, qu'il appartient au peuple, c'est-à-dire aux Etats, de promulguer. Mais l'époque est déjà porteuse des scissions concernant la définition du Bien public qui doivent mettre à bas l'ordre politique féodal. C'est pourquoi, aux yeux du juriste, le « fondement théorique des *Vindiciae* [l'ouvrage du monarchomaque Julius Brutus après le massacre de la Saint Barthélemy] méconnaît la difficulté dont l'époque était porteuse et qui permettait à l'absolutisme de pouvoir se justifier à tous les coups »[128]. Car, dès lors que la définition même de l'intérêt public est devenue l'objet d'un conflit,

[126] Si l'on définit le libéralisme comme l'effort visant à encadrer l'exercice du pouvoir étatique au moyen de normes, alors il est possible d'affirmer, avec J. McCormick, que le constitutionnalisme libéral est une conception dont le caractère technique exclut précisément l'exception. Il n'est cependant pas certain que Schmitt identifie si nettement la tendance rationaliste visant à encadrer l'exercice des pouvoir étatiques et le libéralisme. Ce point sera développé dans la partie portant spécifiquement sur le libéralisme. *Cf.* McCormick, 1997, p. 127.

[127] « Les monarchomaques, à titre de défenseurs des droits des Etats existants, se sont opposés à la raison d'Etat absolutiste au moyen d'arguments caractéristiques de l'Etat de droit. » : Schmitt (1921), 2000, p. 36.

[128] Schmitt (1921), 2000, p. 38.

l'absolutisme a pu absorber la dictature, faute d'une véritable distinction entre la dictature et la tyrannie[129].

La théorie de Hobbes incarne aux yeux du juriste une telle fondation de l'absolutisme sur une situation de guerre civile permanente permettant de justifier l'absorption complète de la dictature dans les moyens ordinaires de l'Etat, c'est-à-dire une confusion entre le souverain et le dictateur. L'Etat absolutiste pouvant donc être défini comme l'Etat dans lequel l'exercice *ordinaire* de la souveraineté s'effectue sous un mode commissarial :

> « C'est la raison pour laquelle, chez Hobbes, l'Etat, par sa Constitution elle-même, est une dictature, en ce sens que, naissant du *bellum omnium contra omnes*, il a pour fin permanente d'empêcher cette guerre qui éclaterait toujours de nouveau si l'homme était libéré de la pression que l'Etat exerce sur lui. »[130]

Une analyse qui rend partiellement raison de la position toujours ambiguë de Schmitt à l'égard de Hobbes, qu'il loue, d'un côté, pour être à l'origine du décisionisme, et dont il fait, de l'autre, la source d'une conception ultrarationaliste du pouvoir, et par suite également du positivisme lui-même[131]. Mais, par un renversement caractéristique de la pensée schmittienne, c'est moins l'absolutisme lui-même qui est visé que l'incapacité

[129] Sous cet éclairage, Schmitt examine l'expansion de l'utilisation des commissaires d'action par le Pape, puis par la monarchie, qui conduit à l'avènement de l'absolutisme. Selon Schmitt, ces commissaires trouvent effectivement d'abord leur origine dans la pratique des légats par le Pape dès le XIII[e] siècle, de telle sorte que c'est l'Eglise qui fournit la structure même de l'unité politique moderne, conformément aux vues théologico-politiques du juriste (Schmitt [1921], 2000, pp. 57 et ss). Mais, par la suite, ces commissaires d'action ensuite utilisés par les princes sont peu à peu devenus les instruments permanents d'une bureaucratie centralisée, transformant « l'Etat des états en Etat absolutiste » (Schmitt [1921], 2000, p. 71). Ainsi, dans le cas des Etats germaniques, les « commissaires des princes s'étaient transformés, de commissaires chargés de mission, en commissaires d'office formé, et avaient été intégrés dans une organisation bureaucratique. (…) Mais le caractère d'immédiateté et, par conséquent, l'aspect commissarial (au sens de Bodin) subsiste, dans la mesure où – comme dans le cas du juge – aucune norme juridique, en tant que moyen indépendant, ne s'interpose entre le commettant et le commis. (…) A la limite, du fait de l'importance d'une fin technique objective, on pourrait appeler tout le système "dictature". » : Schmitt [1921], 2000, p. 83. Dès que les commissaires d'action cessent d'être des instruments extraordinaires du pouvoir souverain pour devenir des instruments ordinaires de l'exercice de la souveraineté, c'est l'Etat entier qui s'est transformé en une forme de dictature, puisque l'ensemble de l'activité étatique s'exerce sous la forme de commissions d'action, à l'exclusion de toute véritable limitation juridique. Si donc la dictature a été nécessaire pour produire l'unité de l'Etat moderne, la stabilisation de ce dernier a entraîné par la suite l'intégration de la dictature dans les moyens ordinaires de l'Etat, transformant ainsi peu à peu l'Etat de droit monarchique en une monarchie absolutiste. Le danger qui accompagne l'institution juridique de la dictature de commissaire proviendrait donc de sa « normalisation », autrement dit de son utilisation par le monarque comme d'un moyen ordinaire de l'exercice de la souveraineté.

[130] Schmitt (1921), 2000, p. 39.

[131] « De nouveau, cela semble montrer que quelque chose, dans la doctrine hobbesienne, tracassait Schmitt : sa conception purement instrumentale de la loi pouvait être vue comme directement à l'origine du positivisme légal moderne. » : Balakrishnan, 2006, p. 60. L'autre motif de la prise de distance de Schmitt à l'égard de Hobbes résidant, comme il est connu, dans le fait qu'il considère Hobbes comme l'une des sources du libéralisme. Sur cette question, *cf.* Schmitt (1938), 2002, Strauss, 1988, et Meier, 1990.

caractéristique de l'Etat de droit (et donc, ici, du rationalisme politique) à penser l'exception et la crise politique qui devient responsable de la transformation d'un simple instrument juridique transitoire en une forme permanente de gouvernement de nature absolutiste[132]. A cette première critique qui vise les théoriciens de l'Etat de droit, s'en ajoute une seconde, beaucoup plus ténue dans l'ouvrage, mais qui constitue également le fond permanent de la lecture schmittienne de la dictature, et qui porte sur la volonté de limiter l'exercice de la dictature au moyen de la morale.

En effet, la littérature monarchomaque n'est pas seulement représentative de la pensée de l'Etat de droit, mais, non sans contradiction, elle soumet également l'action du roi à la défense de l'intérêt public :

> « L'unique tâche du roi est l'*utilitas populi* (…) ou l'*utilitas Reipublicae* (…). On suppose tacitement, comme si c'était une évidence, que l'intérêt public est, tout comme le droit, quelque chose d'univoque, dont on ne saurait douter et qui fait à coup sûr l'objet d'un accord général. »[133]

Or, parce que la définition du Bien commun ou de l'intérêt public n'est précisément pas univoque, elle permet une instrumentalisation du droit au service des finalités politiques les plus différentes. C'est ce qui permet de comprendre le compte-rendu mitigé que Schmitt produira de l'ouvrage de Meinecke sur la Raison d'Etat, qui se fonde, aux yeux du juriste, sur un dualisme moral qui oppose, d'un côté, l'usage de la force et, de l'autre, le respect de la moralité :

> « Naturellement, tout le monde veut le droit, la morale, l'éthique et la paix, et rien d'autre ; personne ne veut commettre l'injustice ; mais la seule question concrètement intéressante est toujours : qui va décider dans le cas concret de ce qui est de droit ? Où est la paix ? Qu'est-ce qui représente un trouble ou une menace pour la paix ? Avec quels moyens les écarter ? Quand est-ce qu'une situation est normale et "pacifiée", etc. ? »[134]

Pour Schmitt, l'étude de la raison d'Etat sous l'angle de la moralité ou de l'immoralité des actes accomplis ne permet pas de saisir le véritable danger de la théorie de la raison d'Etat,

---

[132] R. Baumert a relevé les procédés de la rhétorique schmittienne qui lui permettent de développer une théorie autoritaire ou, au moins en 1921 ultraconservatrice, au sein d'un régime libéral. L'un de ces procédés consistant à supposer que les valeurs dominantes, auxquelles le juriste doit se plier bon gré mal gré bien qu'il n'y adhère pas, conduit à des « effets pervers », qu'il se fait pour tâche de dénoncer. Une inversion nettement à l'œuvre ici. Nous reviendrons sur cette question importante à la fin de la première partie. *Cf.* Baumert, 2009, p. 132-133.
[133] Schmitt (1921), 2000, p. 38.
[134] Schmitt, (1926b), 1988, p. 181.

qui concerne son impossible limitation temporelle. Car la défense du Bien commun permet précisément un usage continu de moyens techniques, à l'encontre de tout retour au droit. Seule une claire distinction de la situation ordinaire et de la situation extraordinaire, de la règle technique et de la règle juridique, permet donc de limiter la dictature, et d'empêcher le glissement de l'« Etat de droit monarchique » vers l'absolutisme. La soumission de l'activité étatique à l'idée morale du Bien commun laisse au contraire la porte ouverte à la transformation de techniques politiques transitoires en instruments permanents de domination politique, au nom de la réalisation de fins morales. Une analyse qui vise aussi bien selon nous la théorie libérale de l'Etat de droit, qui fait de l'Etat l'instrument de la réalisation d'un droit naturel suprapositif, que la théorie marxiste de la dictature prolétarienne, qui, par sa finalité générale, transforme l'Etat lui-même en une forme de dictature populaire permanente.

Ainsi, Schmitt entend d'abord montrer que la construction de l'Etat moderne repose d'abord sur une utilisation technique du pouvoir, source de son unité territoriale et de son homogénéité – c'est-à-dire de sa soumission uniforme à un pouvoir centralisé. Et, sous cet aspect, la dictature s'inscrit dans le prolongement de la théorie de la raison d'Etat. L'essentiel étant que la construction et le maintien de l'Etat moderne reposent sur l'usage de la dictature, et que seul le « succès » de l'Etat, qui a pu produire à la fois l'unité politique et l'ordre, peut ensuite laisser croire que la dictature pourrait être radicalement écartée des moyens extraordinaires de l'Etat. Néanmoins, la dictature juridique n'est véritablement concevable d'un point de vue théorique qu'au sein de l'Etat constitutionnel, où l'exercice ordinaire de la souveraineté se produit dans un cadre normatif. La dictature repose donc sur une claire distinction de la situation ordinaire et de la situation extraordinaire, et toute théorie politique qui écarte cette distinction doit offrir des instruments conceptuels permettant de justifier un exercice exclusivement technique du pouvoir, dès lors qu'une situation de crise impose l'usage de la force pour rétablir l'ordre. Dans ce cadre, le rationalisme caractéristique de l'Etat de droit formel et du positivisme, tout comme la théorie libérale défendant le principe d'une justice supérieure au droit positif sous la forme d'un droit naturel, ou enfin la théorie mixte (rationaliste *et* téléologique) de la dictature prolétarienne, doivent conduire par retournement à la justification d'une conception rigoureusement instrumentale de la politique et du droit. La complexité des analyses de *la Dictature* provient donc d'abord à la fois de la pluralité des cibles de Schmitt, ainsi que de son effort visant à déterminer les sources théoriques du

libéralisme aussi bien que du marxisme. Mais c'est bien la possible transformation de l'Etat constitutionnel, et plus précisément de l'Etat parlementaire, en une forme de dictature permanente au moyen du droit qui constitue le point focal de l'ensemble de l'ouvrage, ainsi que le montre son étude de la dictature dans l'Etat de droit.

2- La dictature dans l'Etat de droit.

Dans le dernier chapitre de l'ouvrage de 1921, Schmitt examine l'évolution de la dictature dans le cadre de l'Etat de droit démocratique[135]. Cette évolution, dont l'aboutissement réside, en France, dans la réglementation de l'état de siège, et en Allemagne, dans l'article 48, se laisse très généralement décrire comme le fruit d'un effort rationaliste de réglementation malheureux qui, sur le modèle de l'absolutisme, engendre une confusion de la situation ordinaire et de la situation extraordinaire et, potentiellement, l'instauration d'une dictature permanente. Néanmoins, la cible de l'ouvrage demeure relativement confuse dans l'ouvrage, de même de la nature de cette dictature permanente contre laquelle le juriste met en garde. Car, s'il est certain, ainsi que l'on clairement montré John McCormick comme Gopal Balakrishnan, que le juriste, comme une grande partie de la bourgeoisie de l'époque, craint l'avènement d'une possible dictature prolétarienne, c'est la cible institutionnelle ou juridico-politique de Schmitt qu'il s'agit de dégager[136].

Dans son puissant ouvrage *Carl Schmitt's critique of liberalism. Against politics as technology*, John McCormick défend la thèse d'après laquelle l'ouvrage de 1921, rédigé dans un contexte d'utilisation massive de l'art 48 par Ebert pour lutter contre les mouvements communistes et contre la crise économique, vise à promouvoir l'usage d'une « authentique dictature », en se fondant sur une interprétation large de l'article 48. Plus précisément, Schmitt voudrait préserver l'ordre constitutionnel de ses ennemis, en particulier des efforts menés par les communistes, dont la stratégie consiste à utiliser le droit comme d'un instrument technique au service de fins politiques. Dans ce cadre, les analyses de Schmitt portant sur l'évolution de la dictature dans l'Etat de droit viseraient à

---

[135] L'étude essentielle du juriste portant sur l'évolution de la dictature dans la démocratie lui permet, ainsi que nous le verrons dans le premier chapitre de notre seconde partie, de montrer que l'avènement de la souveraineté populaire fraye le passage de la dictature de commissaire vers la dictature de la Révolution, autrement dit, vers la dictature souveraine.

[136] La question de la dictature prolétarienne et l'enjeu démocratique de la dictature sera abordée dans le premier chapitre de notre la seconde partie.

dénoncer le glissement d'un simple instrument technique transitoire, visant à rétablir les conditions de l'application de la Constitution, vers une technicisation générale de l'Etat et du droit, aveugle à sa possible instrumentalisation pas des forces hostiles. Et, à l'encontre d'une telle technicisation générale du droit et de l'Etat, Schmitt défendrait donc l'utilisation d'une authentique dictature, issue de la « conjonction appropriée de la technique et de la politique », dans le but de sauvegarder l'Etat constitutionnel. En d'autres termes, le caractère technique de la dictature serait un frein à l'utilisation instrumentale de l'Etat par des forces anticonstitutionnelles[137]. Mais cette analyse, par sa généralité, laisse ouverte la question de savoir ce que recouvre une telle « instrumentalisation » technique de l'Etat, contre laquelle l'usage d'une dictature constitutionnelle authentique est revendiqué. C'est donc à cette question qu'il s'agit de répondre pour comprendre les enjeux de l'interprétation rendue par Schmitt de l'article 48 en 1921.

En France, le développement des législations d'exception s'est produit, selon Schmitt, dans deux directions qui se sont peu à peu liées dans l'Etat de droit. D'un côté, l'utilisation de l'armée dans la lutte contre des troubles intérieurs a conduit à la promulgation de législations autorisant l'exécutif, dans certaines situations exceptionnelles, à suspendre toute barrière juridique et à agir « comme l'exigent les circonstances ». C'est le cas en particulier de la *Martial Law*, qui trouve son origine dans l'Angleterre du XVIIIe siècle, et dont la France adopte le modèle, après la Révolution, avec la loi du 21 octobre 1789 « contre les attroupements ou loi martiale »[138]. Il s'agit alors, de manière générale, d'autoriser le pouvoir militaire à agir sans tenir compte des barrières juridiques, de manière à lui donner des instruments de répression contre les émeutes sans que les soldats puissent être tenus pour responsables des atteintes portées aux droits individuels des émeutiers et de tous ceux qui se trouveraient dans son champ d'action. Pour ce faire, la loi autorise la création d'une « situation ajuridique », laissant à l'armée toute plénitude d'action pour la réalisation de ce qui n'est plus que l'exécution technique d'une opération militaire sur le territoire national :

[137] *Cf.* McCormick, 1997, pp. 121-133.

[138] Schmitt (1921), 2000, p. 182. La loi française du 21 octobre 1789 est abolie dès 1793 ; elle trouve néanmoins une continuité dans l'autorisation faite par la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) de « proclamer la suspension de la Constitution dans les lieux et pour le temps que la loi détermine, si des révoltes à main armée ou des troubles menacent *la sûreté de l'Etat.* » : Schmitt (1921), 2000, p. 186.

> « C'est l'action effective, libérée de toute considération juridique, mais mise au service d'une finalité étatique. Cette action, dans sa positivité effective, par conséquent dans ce qui constitue son noyau, n'est pas susceptible de revêtir une forme juridique. »[139]

Une telle définition de la loi martiale peut sembler contradictoire avec l'effort de réglementation qu'elle constitue. Mais, pour Schmitt, les prescriptions formelles contenues dans la loi n'encadrent que les « conditions » de l'activité militaire et non l'action elle-même, qui demeure entièrement déterminée par son objectif concret. Car, une fois la *Martial Law* déclarée, il n'existe plus aucune limite à l'exercice de la puissance militaire :

> « L'effort pour réglementer de manière juridique le déploiement par l'Etat des moyens de la force armée contre ses propres citoyens ne peut alors aboutir qu'à retarder de plus en plus l'emploi de ces moyens, qu'à établir de plus en plus de garanties, afin de ne décider qu'il y a péril imminent que lorsque tel est bien le cas. Mais, une fois que ces moyens extrêmes ont été employés, il faut, si l'on veut réaliser une action efficace, qu'il soit mis un terme à l'organisation juridique du contenu de cette action. »[140]

C'est pourquoi, bien qu'elle témoigne de l'essor de l'idée d'un Etat de droit par l'effort de réglementation dont elle est issue, la Martial Law fonde bien une authentique dictature juridique, dont la législation française adopte le modèle, non sans chercher à soumettre les pouvoir dictatoriaux à l'autorité civile[141].

Mais la réglementation des pouvoirs exceptionnels caractéristique de l'Etat de droit s'est parallèlement développée dans une seconde direction qui consiste non pas à suspendre le droit en vue de rendre possible une action militaire sur le territoire intérieur, mais à autoriser la concentration du pouvoir dans les mains de l'exécutif. C'est le cas en particulier de la loi sur l'état de siège, qui ne concerne d'abord que les questions strictement militaires avant d'être utilisée, comme la loi martiale, dans le cadre de la répression des citoyens de l'Etat eux-mêmes.

La loi du 8 juillet 1791 distingue en effet trois états : l'état de paix, l'état de siège et l'état de guerre. Dans l'état de paix, les compétences militaires et civiles sont distinctes, et

---

[139] Schmitt (1921), 2000, p. 175.
[140] Schmitt (1921), 2000, p. 178.
[141] Schmitt esquisse effectivement les grands traits d'une « tradition française » qui, marquée par la Révolution, cherche, non sans difficultés, à soumettre le pouvoir militaire à l'autorité civile, et, plus particulièrement, nous le verrons, au législateur. Ainsi, la loi 21 octobre 1789 ne cède le pouvoir de déclarer la loi martiale qu'aux officiers municipaux. Néanmoins, parce que la dictature est de sa nature propre soumise aux conditions objectives, sa réglementation tend inévitablement, selon Schmitt, à évoluer vers une autonomisation du pouvoir militaire, avant de se trouver peu à peu liée avec l'état de siège, qui soumet définitivement les pouvoirs dictatoriaux au législateur. *Cf.* Schmitt (1921), 2000, p. 182.

l'autorité militaire ne possède de pouvoir que sur ses troupes et sur les questions militaires ; dans l'état de guerre, l'autorité militaire peut éventuellement demander les prérogatives des autorités civiles en matière de police si elles concernent la sûreté militaire. Enfin, dans « l'état de siège, toutes les prérogatives juridiques de l'autorité civile, dans la mesure où elles ont pour objet le maintien de l'ordre intérieur et la police, passent entre les mains du commandant, qui en use sous sa seule responsabilité personnelle »[142]. A l'encontre de la loi martiale, l'autorité militaire n'obtient pas, en vertu de la loi sur l'état de siège, un pouvoir d'action illimité ; en revanche, elle reçoit potentiellement l'ensemble des pouvoirs ordinairement détenus par l'autorité civile, et par suite une responsabilité administrative qui lui donne le pouvoir de produire des réglementations de nature juridique. Néanmoins, le pouvoir militaire reste soumis aux règles juridiques qui encadrent l'activité des pouvoirs civils en temps de paix :

> « Le commandant, à la différence d'un commissaire de la Convention nationale, n'intervient pas dans les compétences par voie de requête ou de dévolution ; il n'est qu'autorisé à faire par lui-même, mais "exclusivement", comme le dit la loi, ce qu'une autorité civile pourrait faire si les circonstances n'étaient pas celles de l'état de siège. »[143]

Au cours du XIXe siècle, un triple phénomène se produit. Tout d'abord, ces deux types de législations vont peu à peu s'autonomiser à l'égard des situations militaires qui leur ont donné naissance et devenir des instruments répressifs politiques permettant au pouvoir de lutter contre les rébellions intérieures.

Effectivement, alors que l'état de siège, tout comme la loi martiale, sont d'abord apparus comme des situations d'urgence définies *de facto*, le Directoire obtient le pouvoir de *déclarer* l'état de siège :

> « Immédiatement après la réussite du coup d'Etat du 18 fructidor, le Directoire obtint pour lui seul – c'est-à-dire sans la participation du Corps législatif – le droit "de mettre une commune en état de siège" lorsqu'il le jugeait nécessaire. L'acte formel de proclamation gouvernementale se substitua à la situation d'urgence effective. La notion reçoit un sens politique, et la procédure est mise au service de la politique intérieure. »[144]

[142] Schmitt (1921), 2000, p. 183.
[143] Schmitt (1921), 2000, p. 183.
[144] Schmitt (1921), 2000, p. 185-186.

Comme le souligne Augustin Simard, l'état de siège introduit une première rupture avec la situation objectivement donnée, transformant ainsi ce qui n'était encore qu'un outil d'exécution technique en un instrument légal[145]. De même, concernant cette fois la loi martiale adoptée en France avec bien des réserves par la loi du 21 octobre 1789, la pure déclaration informative qui précédait l'usage de la force par l'armée (« La sommation dit : "*Avis est donné que la loi martiale est proclamée, que tous les attroupements sont criminels ; on va faire feu : que les bons citoyens se retirent*" »[146]) cède quelques années plus tard la place, dans la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) à une *proclamation légale* de la suspension de l'empire de la Constitution en cas de révolte à main armée ou de menace contre la sûreté de l'Etat[147]. Ainsi l'évolution de l'état de siège dans l'Etat de droit, tout comme celle de la loi martiale, témoigne *d'un hiatus entre les pouvoirs de crise et la situation objective*. L'usage des pouvoirs de crise dans l'Etat constitutionnel n'est plus déterminé par la situation concrète, mais il est l'effet d'une déclaration formelle qui définit arbitrairement la situation de crise. Ce qui ne signifie pas autre chose, sinon que la réglementation juridique qui encadre peu à peu l'usage des pouvoirs exceptionnels abolit la claire distinction entre la situation exceptionnelle et la situation ordinaire, et devient l'outil de leur instrumentalisation politique.

Mais, outre l'autonomisation des pouvoirs de crise à l'égard de la situation objective, Schmitt observe que les deux types de législation vont progressivement se lier en donnant naissance à une forme homogène de réglementation caractéristique de l'Etat de droit[148]. La loi du 9 août 1849 relative à l'état de siège marque l'achèvement de cette évolution et traduit clairement, pour le juriste, une véritable inversion du rapport authentique de la dictature et du droit. Dans le cas d'une « véritable dictature », en effet, on part de la situation concrète pour déterminer les moyens nécessaires pour mettre un terme à la situation de crise et rétablir l'application normale de la Constitution. En revanche, la loi du 9 août 1849 « part du principe que, nonobstant l'état de siège, tous les citoyens continuent d'exercer tous ceux des droits garantis par la Constitution dont la jouissance n'est pas suspendue en vertu d'une disposition particulière de la loi (article 11) »[149]. Ce n'est donc plus la situation à résoudre qui fonde la nature propre des pouvoirs de crise, mais la préservation du droit – la crise donnant seulement lieu à des dérogations.

[145] Simard, 2006b, p. 250.
[146] Schmitt (1921), 2000, p. 180.
[147] Schmitt (1921), 2000, p. 186.
[148] Schmitt (1921), 2000, p. 187.
[149] Schmitt (1921), 2000, p. 197.

> « Le point décisif est qu'une série de pouvoirs déterminés se substitue à l'habilitation qui permet d'entreprendre toute action exigée par les circonstances, et qu'on ne suspend plus la Constitution dans sa totalité, mais uniquement un certain nombre de droits fondamentaux constitutionnels, et encore ceux-ci ne sont-ils pas suspendus globalement, mais uniquement dans la mesure où les atteintes autorisées sont mentionnées. »[150]

Une telle inversion met donc définitivement fin à l'idée même de dictature juridique conçue comme une commission d'action de pouvoir absolu : la « dictature » est désormais une compétence limitée issue d'une habilitation légale. Mais la liaison des deux types de législation ne donne pas seulement lieu à une rigidification normative des pouvoirs exceptionnels, elle engendre en outre la confusion de deux types de pouvoirs exceptionnels issus de deux traditions politiques divergentes. Car, d'un côté, la loi martiale et la suspension de la Constitution vise à permettre une action illimitée du pouvoir militaire, à l'exclusion cependant d'un quelconque pouvoir de nature juridique, qu'il s'agisse de règles juridiques ou de décisions judiciaires[151]. De l'autre côté, en revanche, l'état de siège permet un transfert de « toutes les prérogatives constitutionnelles » de « toutes les autorités civiles » vers l'autorité militaire, et par suite un important pouvoir juridique, quoique limité à « ce qu'une autorité civile pourrait faire si les circonstances n'étaient pas celles de l'état de siège »[152]. La liaison des deux formes de réglementation doit donc signifier à la fois une suspension de l'empire de la Constitution et le transfert des pouvoirs juridiques détenus par les autorités civiles vers le dictateur.

Enfin, à l'autonomisation des pouvoirs de crise à l'égard de la situation objective ainsi qu'à la confusion des deux types de réglementation, s'ajoute un transfert généralisé des pouvoirs de crise vers le législateur. En effet, en dépit de son aspect parfois confus, l'histoire de la réglementation de la dictature produite par le juriste souligne continûment l'emprise grandissante du législateur sur les pouvoirs dictatoriaux, qui aboutit à céder au

[150] Schmitt (1921), 2000, p. 198. La loi du 9 août 1849 laisse la réglementation concernant l'état de siège militaire en vigueur, mais, en revanche, elle cherche à encadrer l'état de siège « politique » ou « fictif », en établissant les limites du pouvoir du commandement militaire sous l'état de siège. La loi autorise la suspension de certaines libertés constitutionnelles, tandis que l'ensemble des droits constitutionnels qui ne font pas l'objet d'une suspension demeure garanti. Le droit au juge naturel peut bien être suspendu, mais le fonctionnement du tribunal d'exception qui prend alors place est strictement encadré. Enfin, si les pouvoirs du commandant militaire sont extrêmement larges et excèdent de beaucoup ceux du pouvoir civil, ils sont énumérés spécifiquement.

[151] Ainsi, pour Schmitt, les procès qui pourraient avoir lieu sous la loi martiale sont des procès politiques, indifférents à l'essence du droit, et qui relèvent donc de l'action militaire, et non du droit à proprement parler. Schmitt (1921), 2000, pp. 175-177.

[152] Schmitt (1921), 2000, p. 183.

seul législateur, dans la loi du 9 août 1849, la compétence de proclamer l'état de siège. Mais ce transfert correspond moins pour Schmitt aux principes de l'Etat de droit (*Rechtsstaat*), qu'à ceux de l'Etat législateur (*Gesetzstaats*) conforme à la tradition révolutionnaire française[153]. C'est pourquoi c'est bien cet Etat législateur, radicalisé sous la figure d'une potentielle dictature de l'Assemblée, qui est, selon nous, d'abord visé, dans le dernier chapitre de l'ouvrage de 1921, comme le confirme la lecture retenue par Schmitt des événements de 1848.

La répression des agitations révolutionnaires de 1848 laisse effectivement apparaître, pour Schmitt, la profonde évolution dont les pouvoir dictatoriaux ont été l'objet. En effet, si en vertu de la réglementation de l'état de siège, le général Cavaignac ne reçoit pas un pouvoir

---

[153] Dans un article publié en 1917, « Diktatur und Belagerungszustand. Eine staatsrechtliche Studie », qui répond aux critiques émises par le juriste Werner Rosenberg à l'égard de l'utilisation extensive de l'état de siège par l'armée durant la guerre, Schmitt opère une première distinction de deux types de réglementation des pouvoirs exceptionnels. Werner Rosenberg critique alors l'interprétation abusive de l'article LXVIII de la Constitution impériale portant sur l'état de siège par l'armée, en arguant à la fois du caractère limitatif des articles constitutionnels pouvant être suspendus, ainsi que de l'interdiction faite à l'autorité militaire de produire des règles possédant une valeur législative. Or, en vue de réfuter la thèse de Rosenberg, Schmitt introduit la distinction entre l'état de siège et la dictature. L'état de siège procède selon lui d'une délégation de pouvoir issue du législateur, tandis que la dictature militaire suspend temporairement la séparation du législatif et de l'exécutif : « Under the state of siege, a concentration takes place within the executive while the separation of legislation and execution is maintained; under dictatorship the difference between legislation and execution continues to exist, but the separation is removed insofar as the same authority has control of both decree and execution of laws. » : « Diktatur und Belagerungszustand. Eine staatsrechtliche Studie », *Zeitzschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 38 [1917], p. 156. In Caldwell, 1997, p. 56. Or, le juriste attribue cette distinction à la différence qui sépare la tradition constitutionnelle d'essence prussienne, où domine le poids de l'administration, de la tradition française, qui cherche à soumettre inconditionnellement l'exécutif au législatif et où domine, par suite, une conception formelle de la loi. A l'encontre de cette tradition française, Schmitt défend donc l'institution juridique allemande de l'état de siège, dont il défend le caractère originaire : « Within the space [of positive law], a return to the original condition takes place, so to speak, the military commander act [within it] like the administrative state prior to the separation of powers: he decides on concrete measures as means to a concrete goal, without being hindered by statutory limits. » : « Diktatur und Belagerungszustand. Eine staatsrechtliche Studie », *op. cit.* p. 159. In Caldwell, 1997, p. 59. En revanche, le concept de dictature, issu de la tradition française, et dont le modèle se trouve dans la dictature des Jacobins de 1793, apparaît comme le fruit de l'absorption par le législateur des pouvoirs exécutifs. Ainsi que G. Balakrishnan et P. Caldwell l'ont clairement montré, l'opposition schmittienne de la dictature et de l'état de siège se produit à la faveur de ce dernier, en vue de justifier les violations de la loi par l'autorité militaire durant le conflit : l'état de siège renouerait avec la forme de pouvoir étatique caractéristique du XIX[e] siècle, qui montre que le pouvoir exécutif est l'essence de l'Etat – les pouvoirs législatif et judiciaire n'étant que des formes dérivées du pouvoir originaire. Inversement, la dictature ne désigne alors que la dictature du législateur, à la fois contraire à la nature originaire du pouvoir et illimitée en raison de son caractère abstrait, par opposition à l'objectif concret de l'exécutif. Une opposition dont P. Caldwell tire les conséquences : « Perhaps Schmitt was developing a radical and conservative critique of constitutionalism, rationalism, and parliamentarianism. What if the dictatorship represented the triumph of the administration, of the Prussian army, over the democratic rationalistic-mechanistic French conceptual system, and therefore over Jacobin terror? The choice implied in Schmitt's essay would then become parliamentary absolutism and the Terror of 1793, or caesarism and a return to the Prussian administration, outside constitutional logic entirely. » : Caldwell, 1997, p. 61. Bien que Schmitt ne qualifie pas l'état de siège de dictature dans l'article, dès 1916, il dessine donc déjà les grands traits d'une opposition entre une théorie allemande de la dictature conçue comme un véritable césarisme, et une théorie française, incarnée par la dictature jacobine. *Cf.* Schmitt, "Diktatur und Belagerungszustand. Eine staatsrechtliche Studie", in *Zeitzschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 38 (1917) ; Caldwell, 1997, pp. 54 et ss et Balakrishnan, 2006, pp. 53 et ss.

d'exécution illimité, en revanche, il obtient *de l'Assemblée* elle-même d'importants pouvoirs de police, qui excèdent l'exercice antérieur des pouvoirs exceptionnels sous l'état de siège. Le pouvoir dont dispose Cavaignac est un pouvoir exécutif élargi, qui n'est pas limité par les garanties qu'offrait le simple transfert du pouvoir civil vers le pouvoir militaire, puisque ce dernier n'est plus soumis à la législation ordinaire. Le seul véritable principe de limitation de ces pouvoirs résidant désormais dans le maintien du contrôle du législateur :

> « De plus, tous les pouvoirs *exécutifs* furent transférés au général Cavaignac. Il aurait été proposé de lui transférer *tous les pouvoirs**. En limitant ses pouvoirs au pouvoir exécutif, ce n'est pas un transfert du pouvoir exécutif qui se voyait ainsi fondé, au sens où le commandement militaire ne disposait que de la somme des pouvoirs relevant normalement des autorités civiles, mais on garantissait que le général ne détenait pas de pouvoirs législatifs. »[154]

C'est le législateur lui-même, ou, plus exactement, le pouvoir constituant de l'Assemblée, qui accorde à Cavaignac un pouvoir de réglementation extrêmement large, lequel se voit délié, contrairement à ce qui est prévu par la loi sur l'état de siège, de sa soumission aux garanties constitutionnelles portant sur les libertés. Ainsi, poursuit le juriste, le décret du 27 juin 1848 qui permet de déporter toutes les personnes ayant participé à l'insurrection et ordonne la poursuite de l'enquête à l'encontre des instigateurs de l'insurrection jusque devant les tribunaux militaires après la levée de l'état de siège, n'est permis que par une habilitation de l'Assemblée constituante dont les pouvoirs sont illimités. En d'autres termes, si d'un côté, il n'est plus accordé au « dictateur » un pouvoir d'exécution illimité, de l'autre côté, il reçoit désormais un pouvoir réglementaire globalement laissé à la discrétion de l'Assemblée. C'est pourquoi, l'effort de réglementation de l'état de siège conforme à l'Etat de droit bourgeois qui donne lieu à la loi du 9 août 1849 ne fait que masquer, selon Schmitt, *les pouvoirs illimités détenus par l'Assemblée constituante*, qui ont permis à l'Etat bourgeois de lutter contre ses adversaires politiques, en l'occurrence le prolétariat, sans connaître aucune limite juridique :

> « Alors même qu'il n'est pas question de ces atteintes [aux droits fondamentaux], souvent terribles, on débat et discute à longueur de journée du droit d'interdire un journal, de sorte que le point de vue de l'action véritable passe au second plan, derrière les ordonnances de police qui ont pour but la sûreté. Et, pendant qu'on cherchait à opérer une délimitation des pouvoirs du

[154] Schmitt (1921), 2000, p. 196. * En français dans le texte.

> commandant militaire, il apparaissait évident que les pouvoirs de l'Assemblée constituante, comme titulaire du pouvoir constituant, étaient illimités et qu'ils n'étaient pas liés aux libertés, garanties par la Constitution. »[155]

En d'autres termes, l'évolution de la dictature dans l'Etat de droit a très généralement conduit au transfert de l'ensemble des pouvoirs dictatoriaux vers le législateur, ouvrant ainsi la possibilité pour une Assemblée d'opérer en dictature souveraine, susceptible de mettre la Constitution et la loi au service de ses finalités politiques :

> « La dictature, dont on parlait tellement, n'était pas une dictature du commandement militaire, mais un cas de dictature souveraine d'une Assemblée constituante. Le commandant militaire était son délégué commissarial. »[156]

Le législateur peut effectivement non seulement transférer vers son délégué commissarial le pouvoir de prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre un terme à la situation de crise, mais il peut en outre l'autoriser, par une habilitation législative, à produire des réglementations juridiques portant atteinte à la Constitution, et en particulier aux droits fondamentaux. C'est pourquoi un tel transfert des pouvoirs dictatoriaux vers le législateur constitue donc une *confusion* des deux formes de dictature, qui met potentiellement en danger tout l'édifice constitutionnel. C'est donc bien la possibilité d'une dictature de l'Assemblée qui est d'abord visée dans l'ouvrage de 1921. Sous cet éclairage, il est alors possible de comprendre la nature de l'interprétation rendue par Schmitt de l'article 48.
En effet, *la Dictature* se clôt sur une très brève analyse de l'article 48, qui constitue en quelque sorte le point focal de l'argumentation schmittienne. A l'encontre de la théorie dominante de facture positiviste, Schmitt y défend alors la thèse d'après laquelle l'alinéa 2 de l'article 48, qui autorise le président du Reich à « prendre les mesures nécessaires au rétablissement de la sécurité et de l'ordre publics », doit être interprété comme une « habilitation inconditionnée » fondant une « commission d'action non limitée sur le plan juridique » [157]. Le Président serait donc autorisé à prendre *toutes* les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre sans aucune barrière juridique et, comme « l'a admis le ministre de la Justice, Schiffer, devant l'Assemblée nationale, il peut, si c'est là une mesure nécessaire pour rétablir l'ordre et la sûreté dans un cas concret, laisser répandre des gaz

[155] Schmitt (1921), 2000, p. 199.
[156] Schmitt (1921), 2000, p. 200.
[157] Schmitt (1921), 2000, p. 200.

toxiques sur des villes »[158]. Schmitt rejette donc la thèse d'après laquelle le § 2 constitue une limitation du § 1 : le Président peut, si c'est nécessaire prendre toute mesure portant atteinte à *n'importe laquelle des lois constitutionnelles,* conformément à la définition authentique de la dictature[159].

En revanche, et toujours sur le fondement de sa théorie juridique de la dictature, Schmitt exclut que le Président puisse réaliser un quelconque acte législatif, qui lui permettrait de produire définitivement une nouvelle législation :

> « Or, il faut tenir compte du fait que ces mesures, si l'on ne veut pas que l'habilitation illimitée signifie la dissolution de l'ensemble de la situation juridique existante et le transfert de la souveraineté au président du Reich, ne sont que des mesures de type factuel et que, comme telles, elles ne peuvent jamais se transformer en actes législatifs ni en actes d'administration de la justice. »[160]

Il est clair qu'une telle interprétation ne saurait être admise par la doctrine dominante, pour laquelle l'article 48 ne peut donner lieu à un quelconque « transfert de la souveraineté » vers le Président. Mais, pour Schmitt, parce que le positivisme identifie les mesures dictatoriales à des révisions constitutionnelles, c'est bien d'un pouvoir souverain dont il est question. Un pouvoir souverain qui est d'abord en jeu dans l'interprétation dominante de l'article 76, en tant qu'elle admet un pouvoir de révision illimité de la Constitution. Car l'article 48 n'est pas le seul à pouvoir transférer le pouvoir souverain vers le Président ; comme en témoigne son exemple non anecdotique de la dictature de l'Assemblée constituante de 1848, l'Assemblée peut également transférer des pouvoirs illimités vers

---

[158] Schmitt (1921), 2000, p. 201.

[159] Pour rendre raison de l'énumération de l'alinéa 2, Schmitt argumente essentiellement en faveur du caractère *contradictoire* des deux paragraphes, dans le but de montrer l'impuissance de la réglementation caractéristique de l'Etat de droit à opérer une véritable limitation des pouvoirs dictatoriaux. Ainsi, dans un premier argument, le juriste écarte la thèse d'après laquelle l'énumération du paragraphe 2 vient limiter le paragraphe 1 en raison du nombre de droits énumérés : « D'après les explications qui précèdent, l'énumération ne signifie en aucun cas une délégation du pouvoir législatif, mais uniquement l'habilitation à une action *de facto*, en vertu de laquelle, dans le cas concret, les droits qui font obstacle à cette action n'ont pas à être pris en compte. Mais les droits énumérés sont nombreux, et leur contenu est tellement général que l'habilitation ne connaît guère de délimitation (…). » C'est donc l'étendue de l'énumération qui ne permettrait pas de réelle limitation. Dans un second argument, c'est explicitement le caractère contradictoire des deux paragraphes qui pose problème : « Etrange disposition au demeurant, qui consiste d'abord à confier une habilitation à suspendre la totalité de la situation juridique, y compris par exemple l'article 159, pour ensuite énumérer une série finie de droits fondamentaux pouvant être suspendus. » Reste qu'il n'est possible de dénoncer le caractère contradictoire des deux paragraphes que si l'on a déjà admis que le premier paragraphe contient une habilitation illimitée *avant* d'interpréter le second paragraphe, c'est-à-dire si l'on suppose qu'il est possible d'interpréter séparément les deux paragraphes. Une difficulté qui ne se pose guère ici, puisque l'interprétation schmittienne ne se prétend pas, en 1921, strictement textuelle. *Cf.* Schmitt (1921), 2000, p. 202.

[160] Schmitt (1921), 2000, p. 201.

un dictateur de commissaire en vertu d'une loi de pleins pouvoirs. Mais, par suite, les dangers qui pèsent sur la Constitution résident moins dans la dictature elle-même, que dans *l'affirmation du pouvoir illimité du législateur, qui trouve, selon le juriste, une périlleuse application aussi bien dans l'interprétation dominante de l'article 48 que dans celle de l'article 76*. C'est pourquoi en introduisant le principe d'une distinction de l'acte législatif, qui modifie durablement la situation juridique, et de la mesure, dont la validité est limitée à la situation concrète, qui constitue selon le juriste la seule véritable limite des pouvoirs exceptionnels du président, *Schmitt s'attaque de plein fouet à la fois à l'interprétation positiviste et à la toute-puissance de l'Assemblée*. En d'autres termes, l'interprétation rendue par Schmitt de l'article 48 prend le contre-pied de l'interprétation dominante, dont il accuse sourdement le caractère nettement favorable au Parlement d'être la source potentielle d'une dictature légale – du Président ou de l'Assemblée.

Ainsi, dès 1921, le juriste entend, par son étude de la dictature dans l'Etat de droit, à la fois dénoncer l'« absolutisme » de l'Assemblée et produire une interprétation doctrinale limitative de ses pouvoirs. On ne peut donc pas, selon nous, interpréter la théorie schmittienne portant sur l'évolution de la dictature dans le cadre de l'Etat de droit comme constituant essentiellement une critique de la technicisation de l'Etat et du droit sans masquer partiellement la cible politique de Schmitt. Mais, en outre, il faut également écarter la thèse d'après laquelle, dès *la Dictature*, Schmitt met en garde contre le glissement de l'Etat parlementaire vers un Etat administratif, qui substitue aux normes légales des mesures administratives (décrets, ordonnances, etc.) Car, si Schmitt critique effectivement fermement la confusion de la loi et de la mesure, sa cible ne porte pas alors sur le développement d'un Etat de plus en plus bureaucratisé, comme ce sera le cas avec l'introduction de la notion plus tardive d'Etat total, mais bien sur les dangers d'un absolutisme parlementaire. En termes schmittiens, c'est l'Etat législateur que Schmitt prend pour cible, et non l'Etat administratif.

Mais, par ces thèses, le juriste s'inscrit dans le courant allemand émergeant de l'antipositivisme conservateur, et plus généralement dans un courant conservateur relativement classique, au sein duquel la critique de l'absolutisme parlementaire, dont les théories de Hauriou fournissent une illustration, est extrêmement répandue. Parmi ces juristes, se développent des théories visant à limiter les pouvoirs absolus de l'Assemblée, et tout particulièrement le pouvoir de révision issu de l'article 76 – notamment en prenant appui sur la seconde partie de la Constitution, qui expose les « droits et devoirs des

Allemands »[161]. Certes, Schmitt ne défend nullement, en 1921, le caractère intouchable des droits fondamentaux, mais sa distinction de la loi et de la mesure procède clairement d'une définition matérielle de la loi qui remet en cause l'interprétation formelle de l'article 76, laquelle confond la mesure et l'acte législatif, et cède à l'Assemblée un pouvoir illimité de porter atteinte à la Constitution[162]. En revanche, nous allons voir que la seconde théorie de la dictature, formulée en 1924 lors de la conférence d'Iéna, procède d'une radicalisation qui n'engage plus seulement une critique de l'absolutisme parlementaire, mais une volonté systématique de subvertir la Constitution dans une optique radicalement antiparlementaire.

D. La « nouvelle théorie » de Schmitt et de Jacobi

Les attaques portées conjointement par Jacobi et par Schmitt contre la théorie de l'inviolabilité lors de la première rencontre annuelle de l'Association des juristes constitutionnalistes allemands à Iéna, en 1924, ne sont pas sans créer un certain émoi parmi les juristes[163]. En ce sens, elles marquent le cap d'une fixation, sinon d'une crispation, des positions doctrinales sur l'interprétation de l'article 48, qui se structure en partie autour de l'opposition des thèses positivistes et des thèses antipositivistes. Une profonde divergence théorique sépare pourtant Jacobi, alors considéré comme un juriste positiviste, et Schmitt, qui développe ses thèses antipositivistes dès avant la guerre. Néanmoins, suite à leurs interventions à Iéna, les deux juristes présentent conjointement leur thèse dans le premier volume de *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtlehrer*, publié en

---

[161] Tel est le cas en particulier de Heinrich Triepel, qui dénonce l'« absolutisme parlementaire » qui menace l'Etat parlementaire weimarien, et défend dès 1920 le principe d'une justice constitutionnelle pour limiter la « toute-puissance du Parlement »[161]. De même, Kaufmann s'attaque au positivisme juridique dans son ouvrage de 1921, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, et reçoit l'existence d'un « ordre suprapositif, que nous sommes tenus de réaliser, dans lequel tout ordre positif doit avoir ses racines et qu'il n'est pas autorisé à violer »[161]. En s'inscrivant ouvertement dans une tradition jusnaturaliste, Kaufmann entend clairement limiter le pouvoir du législateur, ce qui vaut évidemment pour la loi ordinaire, et d'autant plus pour toute révision constitutionnelle. *Cf.* H. Triepel, « Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung », AöR, 1920, vol. 39, p. 538 et E. Kaufmann, « Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne der Art. 109 der Reichsverfassung", VVDStRL, 1927, n°3. Sur ces deux auteurs, voir Baumert, 2009, pp. 275-279.

[162] Ce point est très clairement identifié par A. Simard, qui montre que Schmitt dénonce, avec sa notion de mesure « un concept de loi perdant de plus en plus sa détermination matérielle pour venir recouvrir un ensemble de mesures spécifiques. » : Simard, 2006b, p. 253.

[163] Ainsi, Nawiasky dit avoir été complètement « pris de court par les nouvelles thèses » formulées à Iéna. Nawiasky, 1925, pp. 3-4. Notons que *la Dictature* était passée relativement inaperçue, comme s'en plaint Schmitt dans la préface de la seconde édition de l'ouvrage (1927). Schmitt (1927), 2000, préface de la seconde édition, p. 9.

1924[164]. En outre, conformément à la lecture de Nawiasky, qui réagit aux interventions de Schmitt et de Jacobi après la conférence, il est possible d'observer une même démarche argumentative chez les deux auteurs, qui conduit à miner l'interprétation positiviste en introduisant le principe d'une hiérarchie des dispositions constitutionnelles, et permet, selon l'interprétation de Wilde, de voir dans la conférence d'Iéna l'un des moments initiateurs de la querelle des méthodes[165]. Nous allons donc retracer l'argumentation développée par Jacobi, puis par Schmitt, en montrant à la fois l'analogie structurelle de leur démarche et la radicalité des thèses de Schmitt comparées à celles de Jacobi[166].

1- L'interprétation « modérée » de Jacobi.

L'interprétation de l'article 48 que Jacobi présente dans son article de 1924, qui fait immédiatement suite à la conférence d'Iéna, se développe autour de deux axes argumentatifs principaux. Sur un premier axe, Jacobi dresse un réquisitoire sévère à l'encontre la doctrine de l'inviolabilité dont il cherche à montrer les limites sur un double

---

164 C. Schmitt, « Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung », in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtlehrer*, vol. 1, Berlin und Leipzig, 1924, pp. 63-104 et E. Jacobi, « Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung », pp. 105-136.

165 *Cf.* Nawiasky, 1925, I, 3 et Wilde, 2010, p. 136.

166 Schmitt et Jacobi ne sont évidemment pas les seuls juristes à contester l'interprétation dominante des pouvoirs de crise. Et ce d'abord parce que, à l'encontre des thèses positivistes, bien des auteurs admettent l'existence d'un droit de nécessité ou d'un droit de légitime défense de l'Etat suprapositif. Ainsi, pour Erich Kaufmann il existe un droit de nécessité fondé sur une forme de loi naturelle constitutionnelle : « For the extreme case, an ultimate right of necessity exists, alongside standardized and formalized exceptional rights, in the unwritten, natural-law content of every body of constitutional law. »: Erich Kaufmann, *Zur Problematik des Volkswillens* (1931), p. 14. Cité dans Jacab, 2005, p. 468, note 68 (traduction anglaise de A. Jacab). De même, dans une optique assez différente, quoique peu divergente dans ses effets, Johannes Heckel défendra également l'existence d'un « droit de nécessité » (*Notsverordnungsrecht*) qui régit les situations de crise liées à une guerre ou à une insurrection, ainsi que d'un « droit de nécessité constitutionnel » (*Verfassungsnotsand*) qui régit les situations de blocage constitutionnel. Ces pouvoirs sont distincts du pouvoir dictatorial, dont Heckel entend maintenir le caractère limité à l'encontre de l'interprétation très élargie de Schmitt, et ils sont liés à préservation de la Constitution. Le droit de nécessité constitutionnel, dont Heckel revendique l'usage durant la situation de blocage constitutionnel de 1932, autorise les agents de l'Etat à prendre les mesures nécessaires pour mettre un terme à la crise sans habilitation constitutionnelle ; mais ces mesures se justifient par « le devoir de loyauté à l'égard de la Constitution comme Totalité », et « par son intention constitutionnelle, l'action de nécessité se distingue de la violation de la Constitution, et en particulier du coup d'Etat . » : J. Heckel, «Notverordnungsrecht, Verfassungsnotstand », in *Archiv des öffentlichen Rechts*, NF 22 [1933] p. 311. Cité dans Beaud, 1997 p. 104. Néanmoins, c'est véritablement le rejet de l'interprétation positiviste des pouvoirs de crise constitutionnels issus de l'article 48 qui donne le coup d'envoi d'une « nouvelle théorie » de la dictature du Président. C'est pourquoi, sans prétendre examiner de manière exhaustive l'ensemble des positions théoriques antipositivistes sur la question des pouvoirs de crise, nous avons choisi de nous concentrer sur les critiques émises par Jacobi et par Schmitt à l'encontre de la théorie de l'inviolabilité lors de la conférence d'Iéna.

plan théorique et pratique. Sur un second axe, le juriste présente sa propre interprétation de l'article, qui substitue à la doctrine de l'inviolabilité, laquelle vaut pour l'ensemble des dispositions constitutionnelles à l'exclusion, bien entendu, des articles énumérés dans l'alinéa 2 § 2, une théorie de la dérogation (*Durchbrechungslehre*), qui n'admet l'inviolabilité que des seuls droits fondamentaux contenus dans la seconde partie du texte constitutionnel[167].

Jacobi commence tout d'abord par remarquer que l'article 48 serait pratiquement inapplicable si l'on s'en tenait à la doctrine de l'inviolabilité, car les mesures dictatoriales issues de l'article 48 entrent nécessairement en contradiction avec certains articles de la Constitution qui ne font pas l'objet de l'énumération de l'aliéna 2 § 2, notamment avec les articles constitutionnels portant sur l'organisation des pouvoirs[168]. C'est pourquoi soit il faut admettre que l'article 49 met la Constitution en contradiction avec elle-même, soit il faut renoncer à l'interprétation trop stricte émise par Grau. Ensuite, Jacobi refuse l'identification de toutes les formes d'atteintes légales à la Constitution, et donc, suivant la théorie de l'inviolabilité, de l'amendement et de la dérogation. Car, selon la nature de l'acte commis (dispositions générales ou dispositions de valant que pour un cas particulier), il y a *plus ou moins* contradiction des mesures dictatoriales avec la Constitution. Mais en outre, poursuit Jacobi, si une disposition sur la base de l'article 48 peut bien porter atteinte à un article de la Constitution dans le sens d'une modification formelle de la Constitution, ce n'est ni dans le sens d'une simple dérogation, qui ne consiste précisément pas en une modification formelle mais seulement matérielle, ni dans le sens d'un amendement, car la disposition constitutionnelle survit à l'atteinte qui lui est faite, et sa réutilisation ne nécessite pas une nouvelle loi[169]. C'est pourquoi il est nécessaire, selon Jacobi, de distinguer la dérogation de la Constitution (*Verfassungsdurchbrechungen*), qui consiste seulement en une atteinte légale ponctuelle à la Constitution, de la suspension (*Außerkraftsetzung*), qui modifie la Constitution en suspendant temporairement la validité de l'une de ses dispositions, ou de l'amendement constitutionnel (*Verfassungsänderungen*), qui consiste en une modification définitive de la Constitution[170]. Sur ce fondement, Jacobi introduit sa propre interprétation de l'article 48, qui nécessite de distinguer les dispositions organisationnelles de la Constitution des

167 Jacobi, 1924, p. 116.
168 Jacobi, 1924, p. 108.
169 Jacobi, 1924, p. 109.
170 Jacobi, 1924, p. 110.

dispositions portant sur les droits fondamentaux – issues de deux parties séparées de la Constitution.

En effet, les droits fondamentaux susceptibles d'être dérogés ou suspendus ayant fait l'objet d'une énumération explicite, il est exclu de porter atteinte à d'autres droits fondamentaux :

> « Le Président, en vertu de l'article 48 alinéa 2 de la Constitution, peut sans aucun doute suspendre (*Außerkraftsetzung*) les droits fondamentaux énumérés, alors qu'il ne peut pas intervenir dans les autres droits fondamentaux qui règlent les rapports de l'Etat au citoyen, ni au moyen d'une ordonnance ni au moyen d'un décret. »[171]

En revanche, la différence dogmatique de la partie organisationnelle et de la partie sur les droits fondamentaux implique un traitement différent des deux parties concernant le fait de savoir si l'article 48 peut autoriser des dérogations au-delà des articles énumérés[172]. Car, si l'on prend en compte le fait que la concentration des pouvoirs dans les mains de l'exécutif (qu'implique nécessairement l'article 48) déroge à l'organisation des pouvoirs[173], on ne peut pas ensuite déduire de l'énumération des sept droits fondamentaux susceptibles d'être suspendus (*AuBerkraftsetzung*), que d'autres articles constitutionnels ne peuvent pas être suspendus non plus. L'argument *a contrario* défendu par Grau d'après lequel l'énumération des articles pouvant être suspendus signifie inversement que *tous* les autres articles constitutionnels sont inviolables doit donc être écarté[174]. Et, en raison des nécessités mêmes qui sont liées à l'application de l'article 48, il faut donc admettre que le Président peut donc déroger par décret aux articles qui touchent à l'organisation du Reich, c'est-à-dire qu'il peut « dans le sens du principe constitutionnel, faire des règlements généraux ou particuliers qui s'éloignent de l'organisation du Reich »[175]. En revanche, il faut exclure, poursuit Jacobi, les dispositions organisationnelles de la Constitution qui concernent le fonctionnement général du Reich – ce qui suppose de hiérarchiser les organes constitutionnels eux-mêmes conformément à la démarche plus radicale encore de Schmitt.

Enfin, et c'est là l'un des points essentiels de l'argumentation de Jacobi, parce que les interventions du président du Reich sont subordonnées à l'établissement de la sécurité et de

[171] Jacobi, 1924, p. 117.
[172] *Ibid.*
[173] Jacobi, 1924, p. 116.
[174] Jacobi, 1924, p. 117.
[175] *Ibid.*

l'ordre, et que ces termes sont interprétés « dans le sens de la Constitution existante » (Schmitt), de telles mesures ne peuvent jamais amender la Constitution, toute modification requérant l'usage de l'article 76. *C'est même dans ce point que se concentre,* selon Jacobi, comme pour Schmitt en 1921, *la véritable limite de la dictature*[176].

Ainsi, l'interprétation de Jacobi accomplit un double renversement de la théorie de l'inviolabilité : d'une part, parce qu'il autorise que soit dérogé aux dispositions organisationnelles en l'absence d'une mention explicite de l'article 48, Jacobi introduit le principe d'une hiérarchie des dispositions constitutionnelles. Et, d'autre part, le juriste substitue aux limitations issues de l'interprétation systématique de Grau, qui exclut toute autre atteinte légale à la Constitution que celles qui sont explicitement autorisées par l'énumération de l'alinéa 2 § 2, un nouveau principe de limitation fondé sur la distinction de l'amendement et de la dérogation – soit, sur l'interdiction absolue de modifier la Constitution en vertu de l'article 48. C'est pourquoi, si Jacobi a pu être admis dans le rang des positivistes et si, à l'encontre de Schmitt, il prétend seulement fonder son interprétation sur le texte même de la Constitution, il n'en ouvre pas moins une brèche profonde dans l'argumentation positiviste[177].

Sous cet angle, l'argumentation de Schmitt a d'abord pu être lue par Nawiasky comme une version très radicalisée de la réfutation de la doctrine de l'inviolabilité de Grau émise par Jacobi. Et c'est également la relative proximité argumentative des deux auteurs qui motive l'hypothèse de Wilde, qui voit dans un cas comme dans l'autre le développement d'une interprétation antipositiviste de l'article 48, et, de manière plus large dans la conférence d'Iéna le premier acte de la querelle des méthodes[178]. Nous verrons cependant les limites de cette interprétation, qui se heurte au caractère profondément subversif des thèses de Schmitt ainsi qu'à la teneur de ses positions antiparlementaires.

---

176 Jacobi, 1924, p. 117.
177 Wilde, 2010, p. 138.
178 Wilde, 2010, pp. 136-138.

2- L'interprétation de l'article 48 comme outil de subversion de la Constitution.

L'analyse que Schmitt développe à Iéna se distingue très nettement sur la forme des quelques arguments déployés à la fin de l'ouvrage de 1921. Schmitt s'adresse en 1924 à une assemblée de juristes et plie son argumentation aux règles du discours juridique. A l'encontre de la brève étude de l'article à la fin de l'ouvrage de 1921, l'article de 1924 se présente donc sous la forme d'une interprétation du texte même de l'article 48, et reproduit très généralement la même structure argumentative que Jacobi. Néanmoins, nous allons voir que, en dépit de l'apparente proximité des thèses des deux auteurs, l'objectif stratégique poursuivi par Schmitt ne peut être comparé avec celui de Jacobi. En outre, si le juriste maintient une apparente continuité avec ses thèses de 1921, l'intervention de 1924 marque bien une véritable rupture avec l'antiparlementarisme conservateur encore relativement classique de l'immédiat après-guerre.

Dans un premier moment, l'Appendice de *la Dictature* s'attache à dévoiler les faiblesses de la doctrine de l'inviolabilité, au moyen d'une argumentation à la fois logique, pratique et historique qui répond en partie à celle de Grau[179].

D'un point de vue logique d'abord, Schmitt souligne, comme Jacobi, que l'interprétation de Grau conduirait l'article 48 à demeurer inapplicable en vertu de son caractère contradictoire, l'article 48 ayant pour effet d'affecter non seulement l'article 5, les articles 14, 15 etc., « mais aussi l'organisation fondamentale du Reich dans sa totalité »[180]. Ensuite, et d'un point de vue pratique cette fois, Schmitt affirme que les pouvoirs exceptionnels du Président seraient inefficaces si l'on considérait que les droits fondamentaux non énumérés dans la liste du second alinéa ne devaient pas être atteints lors de leur exercice[181]. L'argument de Schmitt n'est donc plus ici juridico-logique, mais bien pratique au sens où le juriste défend que l'application concrète et efficace de l'article nécessite qu'il puisse être porté atteinte à d'autres droits fondamentaux que ceux énumérés. Enfin, Schmitt recourt

[179] Wilde, 2010, p. 142.
[180] Schmitt (1927), 2000, p. 213.
[181] « Mais en vérité la réalisation pratique de l'article 48, alinéa 2, par le président du Reich et par le gouvernement du Reich porte également atteinte à des articles constitutionnels autres que ceux énumérés dans l'article 48, alinéa 2, phrase 2, et ne respecte pas non plus la limite exigée par l'interprétation courante. Elle ne saurait la respecter parce qu'un état d'exception efficace serait impossible si, en dehors des sept droits fondamentaux énumérés par la phrase 2, chacun des autres articles de la Constitution venait faire obstacle à l'action du président du Reich comme une barrière infranchissable. » : Schmitt (1927), 2000, p. 210.

aux déclarations des divers gouvernements concernant l'article 48, qui témoigne d'une acceptation généralement élargie des pouvoirs dictatoriaux[182].

A l'issue de réfutation de la doctrine de l'inviolabilité, Schmitt en conclut sur la nécessité d'une « analyse détaillée de l'article »[183] pour pouvoir déterminer le rapport qui lie les deux paragraphes de l'article 48[184]. Pour ce faire, et en reprenant à son compte la distinction de la suspension, de la dérogation et de l'abrogation retenue par Jacobi, Schmitt écarte d'abord la thèse de Grau d'après laquelle une dérogation à l'égard d'un article constitutionnel revient à amender la Constitution. Pour Schmitt, la suspension d'une « norme signifie annuler sa validité pour soi et pour les autorités compétentes au moyen d'une déclaration explicite », contrairement à la dérogation qui fait seulement « exception » à une disposition « par voie d'action *de facto* » ou à l'abrogation qui annule purement et simplement la loi[185]. Autrement dit, dans le prolongement de ses thèses de 1921, Schmitt considère que les violations légales de la Constitution autorisées par l'article 48 ne peuvent être considérées comme des modifications de la Constitution, au sens de l'article 76. Par suite, on ne peut pas non plus considérer que les seules atteintes à la Constitution que le Président soit autorisé à accomplir soient énumérées dans l'alinéa 2 §2.

Mais Schmitt ne se contente plus d'affirmer que l'alinéa 2 du § 2 ne constitue pas une limitation de l'alinéa 1, comme il le défendait en 1921[186]. Armé de la distinction de la dérogation et de la suspension, il fait désormais du § 2 un *ajout* sur le § 1 : non seulement le Président est autorisé à prendre n'importe quelle mesure dérogeant à n'importe laquelle des normes constitutionnelles (§ 1), mais, en outre, il peut suspendre les droits fondamentaux qui font l'objet de l'énumération du § 2[187] :

---

[182] Schmitt admet cependant lui-même qu'aucun « gouvernement n'a, sans doute, intérêt à fournir des précisions juridiques sur une question telle que celle de l'état d'exception. » : Schmitt (1927), 2000, p. 215.

[183] Schmitt (1927), 2000, p. 216.

[184] Dans la *Théorie de la Constitution*, Schmitt récapitule ces distinctions en se référant directement à Jacobi. Schmitt (1928), 1993, p. 238.

[185] Schmitt (1927), 2000, p. 220. *Cf.* également Schmitt (1928), 1993, p. 238 : « Dérogation (*Durchbrechung*) de la Constitution, c'est-à-dire atteinte à des dispositions des lois constitutionnelles dans un ou plusieurs cas particuliers déterminés, mais à titre exceptionnel, c'est-à-dire à la condition que les dispositions auxquelles on déroge conservent par ailleurs toute leur validité ; elles ne sont donc ni supprimées durablement ni temporairement suspendues. »

[186] Schmitt (1921), 2000, p. 202.

[187] « Une ordonnance qui, par exemple, sans prendre en considération l'article 129 de la Constitution, déclare licite, *de manière générale*, la révocation de fonctionnaires par mesure d'économie est anticonstitutionnelle parce qu'elle contient une suspension, et que l'article 129 ne fait pas partie des droits susceptibles d'être suspendus. Mais le président du Reich, conformément à l'article 48, alinéa 2, phrase 1, peut, *dans le cas concret,* interdire à des fonctionnaires du Reich, des Pays ou à des fonctionnaires municipaux d'exercer leurs fonctions, et en charger d'autres personnes. Cela constitue une atteinte à l'article 129, mais non sa suspension. » : Schmitt (1927), 2000, p. 223. Nous soulignons.

> « Les termes du texte de l'article 48, alinéa 2, énoncent donc que le président du Reich a le pouvoir général de prendre toutes les mesures nécessaires, et qu'il a le pouvoir spécifique de suspendre certains droits fondamentaux énumérés. »[188]

La notion de suspension, présente dans le second alinéa du paragraphe 2 de l'article 48, permettrait donc essentiellement, selon le juriste, au Président, mais également à *l'ensemble des autorités compétentes* d'exercer les pouvoirs exceptionnels, afin que le Président n'ait pas à accomplir lui-même les actes qui portent atteinte aux droits fondamentaux énumérés :

> « En autorisant le Président du Reich à suspendre certains droits fondamentaux, on permet aux autorités compétentes, c'est-à-dire les autorités de police, qui sont donc normalement des organes des Pays, de rétablir la sûreté et l'ordre publics sans que le Président du Reich ait à agir lui-même par ailleurs. »[189]

Là donc où Schmitt soulevait, en 1921, une contradiction entre le premier et le second alinéa de l'article 48, il insiste désormais sur une certaine cohérence logique favorable à sa lecture extensive des pouvoirs dictatoriaux[190]. Néanmoins, en première approche, l'argumentation du juriste semble d'abord seulement préciser les thèses de 1921, en menant un raisonnement relativement similaire à celui de Jacobi.

Et, en effet, suite à la charge très lourde portée contre l'interprétation dominante de l'article 48, Schmitt s'engage dans la détermination des « limites générales du pouvoir attribué par l'article 48, alinéa 2 »[191]. En première lecture encore, ces limites prolongent apparemment la première interprétation de l'article présentée dans *la Dictature*[192]. Car, de même qu'en 1921 Schmitt insistait sur la nécessité d'empêcher la transformation de la dictature de commissaire en une dictature souveraine au moyen de l'article 48, en 1924, le juriste distingue la dictature du Président à la fois du pouvoir souverain du prince dans une monarchie, de la dictature souveraine d'une Assemblée constituante, ainsi que du droit de

---

188 Schmitt (1927), 2000, p. 223. Nous soulignons.
189 Schmitt (1927), 2000, p. 224.
190 *Cf.* note 419 p. 107. Selon Schmitt, se sont les « pouvoirs de police » qui constituent les autorités compétentes amenées à bénéficier de l'extension des pouvoirs dictatoriaux ; on peut donc se demander si le juriste entend bien « défendre la primauté du pouvoir militaire sur le pouvoir civil, et donc à promouvoir un retour à l'ère de Bismarck que les hommes de Weimar ont voulu abolir », selon l'affirmation de O. Beaud, ou si l'Etat autoritaire défendu par Schmitt ne maintient pas la domination du pouvoir civil sur le militaire, ce qui semble plus vraisemblable. *Cf.* Beaud, 1993, p. 107.
191 Schmitt, 1921 (1924), p. 239.
192 Telle est la lecture notamment de G. Schwab ou de G. Balakrishnan. *Cf.* Schwab, 1989, pp. 42 et ss, et Balakrishnan, 2006, pp. 56 et 57.

nécessité[193]. Et, conformément à l'interprétation déjà retenue en 1921, Schmitt écarte que le Président puisse disposer d'un pouvoir de modifier la Constitution en vertu de l'article 48. Enfin, le juriste semble préciser les limites générales déjà admises en 1921 au moyen d'une théorie générale de la Constitution et d'une reprise plus systématique de la définition de la notion de mesure. Or, nous allons voir que ces deux limitations, loin de prolonger l'analyse de 1921, déplacent radicalement la portée et les enjeux des attaques antiparlementaires.

En effet, en 1924, Schmitt introduit la thèse déterminante d'après laquelle les « limites générales » des pouvoirs dictatoriaux proviennent essentiellement de la soumission du dictateur à la « Constitution dans sa totalité ». Selon Schmitt, cette dernière consiste dans une certaine définition de l'ordre étatique :

> « L'essence de toute Constitution réside dans l'organisation ; c'est de cette manière que se réalise l'unité de l'Etat en tant qu'ordre. La Constitution désigne ce qui est considéré comme l'ordre normal à l'intérieur de l'Etat. Sa tâche et sa valeur consistent à trancher de manière décisive et fondamentale les questions : qu'est-ce que l'intérêt public, la sûreté publique et l'ordre public ?»[194]

Autrement dit, la « Constitution dans son ensemble » constitue une sorte de *noyau substantiel* qui permet de définir ce en quoi consiste l'unité ou l'ordre concret de l'Etat, et par suite de déterminer l'intérêt étatique en situation de crise. En 1924, ce sont des *éléments organisationnels* qui constituent ce noyau substantiel, au sens où les principes organisationnels, essentiellement posés dans la première partie de la Constitution, contiennent à la fois une détermination des compétences étatiques (en termes schmittiens : qui décide ?) et l'exposé des choix politiques fondamentaux d'un peuple, qui président à la définition de l'intérêt public, ou, inversement du désordre public. Par cette thèse, le juriste

---

[193] Schmitt distingue en effet l'article 48 du droit de nécessité, qui autorise n'importe quel organe de l'Etat d'user de tous les moyens nécessaires pour sauver l'existence de l'Etat. Parce qu'un tel droit ne repose pas sur une réglementation juridique, il ne peut être confondu avec l'article 48. De même, le prince dans une monarchie dispose toujours, selon Schmitt, du droit d'user de pouvoirs illimités en vue de sauvegarder l'existence de l'Etat, en vertu de sa position même de souverain. Les pouvoirs exceptionnels dont le Président dispose étant fondés sur l'article 48, ils ne peuvent pas être non plus confondus avec les pouvoirs de souveraineté « en ce sens-là »: « Ce pouvoir extraordinaire peut se manifester immédiatement dans la plénitude de sa puissance, rendant ainsi provisoire et précaire l'ensemble de la Constitution – excepté la position du monarque lui-même – si le titulaire de ce pouvoir extraordinaire l'estime nécessaire pour garantir la sûreté de l'Etat et protéger l'existence de celui-ci, ce qui le fait ainsi apparaître comme souverain. » : Schmitt (1927), 2000, p. 232634.

[194] Schmitt (1927), 2000, p. 240.

introduit donc déjà la définition substantielle de la Constitution qui forme le cœur de sa *Théorie de la constitution*.

Dans l'ouvrage de 1928, en effet, Schmitt procède, au moyen d'un travail de distinction des différents sens possibles du terme même de Constitution, à la construction d'une définition décisionniste et substantielle de la Constitution. Schmitt distingue alors quatre sens de la notion, un sens positif, un sens absolu, un sens relatif et un sens idéal, et valorise nettement les deux premiers sens qui forment à l'évidence les deux éléments de son propre concept de Constitution[195]. A l'encontre de la définition idéale de la Constitution, essentiellement développée par la bourgeoisie du XIXe, et de sa définition relative adoptée par les positivistes pour lesquels la Constitution s'identifie à « chacun des 181 articles du texte constitutionnel, voire à chaque loi de révision constitutionnelle votée conformément à l'article 76 de la Constitution de Weimar »[196], le juriste défend donc un concept à la fois absolu et positif.

Au sens absolu, d'abord, la Constitution s'identifie avec l'Etat lui-même : « l'Etat *est* constitution, c'est-à-dire un état (*Zustand*) donné défini par son être, un *statut* d'unité et d'ordre »[197]. Elle est donc le mode concret de l'existence de l'Etat, c'est-à-dire la forme spécifique de son unité et de son ordre effectifs. En ce sens, la Constitution possède une évidente *valeur existentielle* qu'il s'agira de préserver. Mais elle procède également d'une *théorie institutionnaliste du droit*, dont le propre « est de défendre une conception objective du droit, au sens institutionnaliste du terme. Les individus, gouvernés comme gouvernants, sont soumis à l'institution qui encadre leur existence juridique »[198].

Au sens positif, ensuite, elle est ce qui est « posé », c'est-à-dire ce qui fait l'objet d'une décision de volonté. Ainsi que le souligne clairement Jean-François Kervégan, ce « terme de toute évidence, n'est pas employé selon son acception positiviste, qui correspond plutôt à ce que Schmitt nomme le concept « relatif » de Constitution (…). Il s'agit plutôt, peut-être à la suite de Hegel, d'indiquer que rien n'est positif que ce qui est posé, institué »[199].

---

[195] *Cf.* Schmitt (1928), 1993, Première partie, chapitres 1 à 4.

[196] Schmitt (1921), 2000, Préface p. 10.

[197] Schmitt (1928), 1993, p. 132.

[198] Beaud, 1993a, p. 37. C'est pourquoi, conformément à la thèse défendue par O. Beaud, on ne peut distinguer clairement dans l'évolution de la pensée schmittienne une première période décisionniste, qui céderait ensuite la place, en gros, avec l'avènement du nazisme, à une pensée de l'institution. Et ce car, « Schmitt corrige, dès 1914 et jusqu'à la fin de sa vie, son décisionnisme par un institutionalisme. » : Beaud, 1993a, p. 37. Pour la thèse adverse, *cf.* Kervégan, 2004b, p.148. Nous reviendrons sur la théorie décisionniste de Schmitt dans notre seconde partie.

[199] Kervégan, 1992, pp. 71-72. Ainsi que le souligne Kervégan, Schmitt n'a évidemment pas choisi le terme « positif » pour désigner ce sens substantiel ou existentiel de la Constitution par hasard, mais il s'oppose par ce choix à l'appropriation du terme par le positivisme : « Il ne s'agit pas d'une hésitation de vocabulaire :

La Constitution est donc positive au sens où elle est le fruit d'une volonté constituante, c'est-à-dire la « détermination consciente » de « l'unité politique d'un peuple », et procède pour sa part clairement d'une *théorie décisionniste* du droit. En vertu de cette double composante décisionniste et institutionnaliste, la Constitution positive de Weimar apparaît comme l'expression de l'essence même de l'Etat allemand tel qu'il existe effectivement suite à la révolution de 1919, où le peuple allemand s'est déterminé en faveur d'une démocratie parlementaire bourgeoise :

> « Le Reich allemand instauré par la Constitution de Weimar se caractérise ainsi comme une démocratie constitutionnelle, c'est-à-dire comme un Etat de droit bourgeois sous la forme politique d'une république démocratique avec une structure d'Etat fédéral. La disposition de l'art. 17RV qui prescrit une démocratie parlementaire pour toutes les constitutions de Land ne fait que confirmer cette décision fondamentale en faveur de la démocratie parlementaire. »[200]

Une telle définition, apparemment confuse, expose en fait méthodiquement les cinq éléments essentiels, ou décisions fondamentales, qui font la substance de la Constitution[201] : un choix en faveur de la démocratie, au sens où le peuple lui-même est désormais titulaire du pouvoir constituant, et de la République, par opposition à la monarchie ; une option pour le système de représentation parlementaire, ainsi que pour le maintien d'une structure fédérale ; et, enfin, une décision en faveur de l'Etat de droit bourgeois, c'est-à-dire pour un Etat libéral essentiellement structuré autour de la préservation des libertés individuelles. Selon Schmitt, ces cinq éléments caractéristiques de la constitution de l'Etat de droit bourgeois qu'est la Constitution de Weimar sont la traduction d'une Constitution mixte, dominée par deux composantes distinctes : une composante libérale d'abord qui, « avec ses deux principes – droits fondamentaux (conçus comme principe de répartition) et séparation des pouvoirs (conçue comme principe d'organisation) – ne contient à elle seule aucune forme de gouvernement, mais seulement une collection d'entraves et de contrôle de l'Etat, un système servant à garantir la liberté bourgeoise et à relativiser le pouvoir (*Macht*) de l'Etat »[202]. Une telle composante est apolitique, selon Schmitt, au sens où elle cherche seulement à limiter la puissance de l'Etat, indépendamment de sa forme (république, monarchie, etc.). C'est pourquoi, à côté

---

c'est tout à fait consciemment que Schmitt revendique au nom du décisionnisme une catégorie, celle de positivité, que le positivisme s'arroge de façon indue. » : Kervégan, 1992, p.72.

[200] Schmitt (1928), 1993, p. 154.

[201] *Cf.* Baumert, 2009, pp. 123-124.

[202] Schmitt (1928), 1993, p. 337.

de la composante libérale de nature apolitique, la Constitution comprend ensuite une seconde composante, de nature politique cette fois, et qui consiste en une décision en faveur d'une forme politique déterminée (démocratie, aristocratie, monarchie). En raison du caractère libéral de la Constitution, la composante politique s'est vue, selon Schmitt, relativisée. Par la domination du principe constitutionnel sur la notion même de forme politique d'abord[203]. Et par le mélange des diverses formes politiques que toute Constitution bourgeoise produit ensuite[204]. Néanmoins, la composante libérale ne suffit pas à fonder une forme politique[205]. C'est pourquoi Schmitt valorise nettement la composante politique de la Constitution, c'est-à-dire les éléments structurants de sa partie organisationnelle (son caractère républicain, démocratique, parlementaire et fédéral), exprimés dans sa première partie[206]. C'est d'ailleurs à cette première partie que le juriste attribue, en 1928, la stabilité de la Constitution elle-même, par opposition à la confusion véhiculée, selon lui, par la seconde partie, qui confond les « véritables droits fondamentaux », soit les libertés individuelles originellement illimitées et antérieures par définition à l'Etat dans l'Etat de droit bourgeois, et les autres droits limités, qui supposent une garantie institutionnelle[207]. Et, de fait, jusqu'à la publication de son ouvrage très sulfureux *Légalité et Légitimité*, où Schmitt renverse sa première thèse, le juriste défend la réussite, mais aussi la primauté, de la partie organisationnelle, tout en dénonçant au contraire les contradictions et insuffisances de la seconde partie[208].

---

[203] « Au moyen des principes de la liberté bourgeoise, on peut donc restreindre tout Etat (*Staat*) dans l'exercice de son pouvoir d'Etat, quelle que soit sa forme de gouvernement ou d'exécutif (*Staat- oder Regierungsform*). L'application de ces principes transforme toute monarchie en une monarchie constitutionnelle (*konstitutionnel*), où l'élément essentiel n'est plus le monarchique, mais le constitutionnel. Le principe politique d'une démocratie est transformé d'une façon analogue, qui fait d'un Etat de démocratie pure une démocratie constitutionnelle. » : Schmitt (1928), 1993, pp. 337-338.

[204] « Dans un autre sens, la constitution libérale bourgeoise moderne est une constitution mixte aussi parce que, *au sein de* la deuxième composante, politique, on a mêlé et associé *entre eux* des éléments et des principes de forme politique de nature différente (démocratie, monarchie, aristocratie). » : Schmitt (1928), 1993, p. 339.

[205] « En soi, la composante libérale ne représente ni une constitution ni une forme de gouvernement (*Staatsform*) autonome. Par conséquent, l'unité politique ne peut pas être appréhendée en elle en tant que telle ni en tant que totalité. » : Schmitt (1928), 1993, p. 341.

[206] Certes, la Constitution n'a pas non plus véritablement tranché entre diverses formes du système parlementaire, lequel oscille entre quatre sous-systèmes possibles, selon que la direction politique soit essentiellement dans les mains du Parlement, du Chancelier, du Cabinet ou du Président – où Schmitt opte très nettement en faveur du système présidentiel, non sans plier lourdement le texte constitutionnel à ses fins (Schmitt [1928], 1993, p. 490). Néanmoins, Schmitt valorise alors la souplesse offerte par cet ensemble de sous-systèmes du parlementarisme, tandis qu'il dénonce au contraire les incohérences de la seconde partie comme le fruit des multiples compromis dont la Constitution est issue.

[207] Schmitt (1928), 1993, p. 318.

[208] En 1930, Schmitt se prononce encore nettement à la fois pour la réforme de la seconde partie et contre celle de la première partie : « Je ne considère pas cette organisation comme ayant besoin d'être réformée, mais comme tout à fait remarquable, et le mieux de ce que l'on peut trouver dans une constitution démocratique. En revanche, je considère comme ayant besoin d'être réformée (…) la seconde partie de la

La définition substantielle de la Constitution vise donc clairement à la fois à récuser la définition positiviste (relativiste) de la Constitution et à défendre le principe d'une hiérarchie des dispositions constitutionnelles qui soit favorable aux principes organisationnels exposés dans la première partie du texte constitutionnel, au détriment des droits fondamentaux de la seconde partie. Une double démarche dont le juriste trace déjà les grands traits dans son intervention de 1924, dans l'objectif de fonder une théorie de la dictature exclusivement liée par la préservation de la Constitution en son sens substantiel.
Et, en effet, armé de la définition substantielle de la Constitution, déjà nettement esquissée en 1924, le juriste s'en prend d'abord au raisonnement juridique qui prétend défendre inconditionnellement chacune des dispositions constitutionnelles indépendamment de son importance ou de sa valeur substantielle :

> « C'est là se méprendre et inverser le sens ainsi que la finalité de la dictature – à savoir la protection et la défense de la Constitution prise dans son ensemble. Chaque disposition constitutionnelle particulière devient plus importante que la Constitution elle-même ; la phrase : "le Reich allemand est une république" (article 1er, alinéa 1), tout comme l'autre phrase : "le fonctionnaire a droit de prendre connaissance de son dossier personnel" (article 129, alinéa 3) sont indistinctement traitées comme "la" Constitution inviolable. »[209]

En d'autres termes, la théorie de l'inviolabilité de la Constitution défendue par Grau serait issue d'une confusion sur le véritable sens de la Constitution :

> « La dictature commissionnée du *Reichspräsident* a pour but d'après l'article 48, de protéger et défendre l'ordre et la sécurité publique, c'est-à-dire la constitution en place. Protection de la constitution et protection de toute disposition constitutionnelle ne sont pas plus identiques qu'inviolabilité de la constitution et inviolabilité de toute disposition légiconstitutionnelle. Si on accorde à toute disposition des lois constitutionnelles "l'inviolabilité" même face à des pouvoirs d'exception, cela a pour conséquence de sacrifier la protection de la constitution au sens positif et substantiel à la protection de la loi constitutionnelle au sens relatif et formel. »[210]

---

constitution dans laquelle il y a tant de contradictions que l'on peut affirmer pour presque toute loi qu'elle est inconstitutionnelle. » : « Die Weimarer Verfassung », « Zwei Breslauer Referate », *Schmittiana*, IV, 1994, p. 34. Cité dans Beaud, 2002, pp. 130-131.

[209] Schmitt (1927), 2000, Préface, p. 10. On relèvera la référence explicite à l'affaire Heyriès qui montre, si besoin en était, que Schmitt suit attentivement les débats doctrinaux qui se déroulent à la même époque en France.

[210] Schmitt (1928), 1993, p. 250.

C'est donc dans l'identification de la Constitution avec l'ensemble des dispositions constitutionnelles, c'est-à-dire dans l'adhésion au sens relatif de la constitution, que réside désormais le cœur de la théorie de l'inviolabilité, dont Schmitt veut dénoncer les dangers. Une thèse qui n'est pas sans esquisser l'idée d'après laquelle *l'interprétation de l'article 48 dépend de la définition de la Constitution que les juristes adoptent comme une forme de choix préalable, soit en faveur d'une théorie relative et formelle (défendue par les positivistes), soit pour une théorie substantielle et positive, à laquelle le juriste adhère ouvertement*. C'est pourquoi il ne s'agit plus, comme en 1921, de développer une interprétation très large des pouvoirs dictatoriaux du Président dans une optique clairement conservatrice, mais bien de proposer une méthode générale d'interprétation de la Constitution sur le fondement de son sens substantiel, qui conduit à renverser intégralement le sens que le législateur avait accordé au texte de 1919. C'est pourquoi nous pensons effectivement, conformément à la thèse retenue par Olivier Beaud, que Schmitt s'engage dans une entreprise de *subversion* de la Constitution dans la *Théorie de la constitution*, mais en outre que cette entreprise subversive est déjà à l'œuvre en 1924[211]. C'est ce que nous voudrions montrer par un examen plus précis des « limites générales » que le juriste pose à l'exercice des pouvoirs dictatoriaux dans son étude de 1924.

3- Les « limites générales » des pouvoirs dictatoriaux chez Schmitt et la radicalisation des thèses de 1921

Selon l'interprétation de l'article 48 défendue par Schmitt à Iéna, l'inviolabilité de la Constitution ne concerne pas l'ensemble des dispositions constitutionnelles, mais seulement la « Constitution comme totalité ». C'est donc cette « Constitution comme totalité » qui constitue à la fois la *limite* de l'action dictatoriale et son *objectif*.

Concernant tout d'abord la détermination du but poursuivi par le dictateur, qui procédait, en 1921, d'une définition rigoureusement objective, Schmitt insiste désormais sur le fait que la « constitution dans sa totalité » ne détermine pas seulement ce qui ne peut être

[211] Beaud, 1993a, pp. 95-96.

écarté sans mettre en péril la substance même de l'Etat, mais, également, par inversion, ce qui constitue un danger pour sa propre sauvegarde[212].
Pour Schmitt en effet, la définition de l'ordre et du désordre n'est pas « du seul ressort de la législation de police », mais elle est bien une « catégorie du droit constitutionnel », liée à la Constitution tout entière :

> « C'est la constitution qui décide ce qu'est l'Etat dans sa totalité, eu égard à une situation concrète supposée normale. (…) Mais l'article 48 n'est que l'un des éléments de la constitution entrée en vigueur. On ne peut donc décider ce que sont la sûreté et l'ordre publics au moyen du seul article 48, c'est-à-dire en ignorant la constitution dans son ensemble ».[213]

Autrement dit, ce en quoi consiste l'ordre public est toujours lié, selon Schmitt, à la forme et au genre de l'Etat lui-même. Ainsi, poursuit le juriste dans une illustration singulièrement éclairante, la Constitution dans sa totalité permet d'affirmer que : « Le fait que le Reich allemand soit une république ne peut (…) jamais représenter un danger pour la sûreté et l'ordre publics au sens de l'article 48. »[214] C'est donc parce qu'elle détermine le noyau constitutionnel qui ne peut constituer une menace pour l'Etat que la Constitution dans sa totalité est nécessaire inversement pour déterminer ce en quoi consiste le désordre pour l'Etat :

> « Ce qu'il importe d'abord d'établir ici, c'est la première limite générale du pouvoir conféré par l'article 48. Elle repose sur le fait que les institutions constitutionnelles en tant que telles et la Constitution dans sa totalité ne peuvent jamais représenter une menace au sens de la disposition constitutionnelle. »[215]

Mais l'idée d'après laquelle un certain noyau constitutionnel ne peut jamais être admis comme un danger pour l'existence de l'Etat suppose inversement que d'autres dispositions constitutionnelles peuvent, elles, représenter momentanément un danger pour la Constitution dans sa totalité. Autrement dit, par un renversement de lecture caractéristique de la pensée de Schmitt, *ce sont désormais certaines dispositions constitutionnelles elles-mêmes qui sont désignées comme des menaces potentielles pour la Constitution dans sa*

---

[212] Ce renversement de la définition de la finalité ou du but de la dictature, qui, d'un sens purement objectif, devient le fruit d'une détermination arbitraire, est accompli dans *Théologie politique*, ainsi que nous le verrons dans notre seconde partie.
[213] Schmitt (1927), 2000, p. 240.
[214] Schmitt (1927), 2000, p. 241.
[215] Schmitt (1927), 2000, p. 241.

totalité. Schmitt ne se contente donc pas seulement de hiérarchiser les dispositions constitutionnelles, mais il introduit l'idée d'après laquelle ce sont les dispositions constitutionnelles elles-mêmes qui, à l'exception de quelques-unes, peuvent devenir une menace pour la sauvegarde de la Constitution en situation de crise[216].

Concernant ensuite les *limites* de l'action dictatoriale, parce que ce sont des éléments organisationnels qui constituent le noyau substantiel de la Constitution[217], le minimum inviolable en vertu de l'article 48 est lui-même un minimum organisationnel ou organique[218].

Et en ce sens, Schmitt retourne d'abord les thèses de Jacobi, qui demeurent encore relativement modérées. Car, alors que, pour ce dernier, seules les lois constitutionnelles organisationnelles qui ne permettent pas l'application de l'article 48 peuvent être écartées en situation de crise grave, pour Schmitt, *toute loi constitutionnelle peut faire l'objet d'une dérogation à l'exception d'un minimum organisationnel inviolable*. Si le caractère libéral des thèses de Jacobi peut donc encore être défendu, au sens où Jacobi hiérarchise des dispositions constitutionnelles en faveur des droits fondamentaux, c'est inversement le caractère antilibéral des thèses de Schmitt qui prédomine[219]. Schmitt s'en prend même implicitement à la thèse d'après laquelle l'ensemble des droits fondamentaux – à l'exception bien entendu de ceux qui font l'objet de l'énumération de l'alinéa 2 § 2 – pourrait constituer une limite à l'exercice des pouvoirs dictatoriaux en raison de l'absence d'une hiérarchie entre les droits fondamentaux[220].

---

[216] Kim Lane Scheppele souligne très clairement ce point : « Rather than seeing the rule of law as something that must be followed for its own sake as a way of ensuring the integrity of the state, Schmitt argues that the rule of law may prevent a polity from defending itself in the event of a serious political crisis, and that the capacity of a ruler to maintain the very existence of the state may depend on that ruler not being bound by the rules. » : Scheppele, 2004, p. 9.

[217] Schmitt (1927), 2000, p. 240.

[218] Schmitt (1927), 2000, p. 241.

[219] Un point clairement exprimé dans la *Théorie de la constitution* : « La constitution au sens plein, c'est-à-dire les décisions fondamentales sur la forme d'existence d'un peuple, ne peut naturellement pas être suspendue ; seules peuvent l'être – et en fait justement en vue de préserver ces décisions politiques – les normations légisconstitutonnelles générales édictées pour les exécuter. Ce sont surtout les normations typiquement libérales, destinées à protéger la liberté bourgeoise, qui sont exposées à une suspension temporaire (…) [et] si la forme d'existence politique est en péril, elles apparaissent nécessairement comme une entrave à la défense de l'Etat. » : Schmitt (1928), 1993, p. 248.

[220] Effectivement, Schmitt s'en prend à l'importante liste des droits fondamentaux, qui ne résultent selon lui que du compromis dont la Constitution est issue : « Pour cette raison, toute disposition constitutionnelle n'a pas la même importance sur le plan factuel et, du point de vue politique, on s'est servi de la Constitution de manière abusive et dangereuse en y inscrivant – à titre de droits fondamentaux et de quasi-droits fondamentaux – toutes sortes de sujets qui tenaient à cœur. » : Schmitt (1927), 2000, p. 240. Non content d'introduire une hiérarchie entre la partie organisationnelle et la partie réservée aux droits fondamentaux, le

Mais le juriste ne hiérarchise pas seulement les dispositions constitutionnelles en faisant prévaloir la partie organisationnelle sur les droits fondamentaux, en outre, il réalise une hiérarchie des éléments organiques eux-mêmes au moyen d'une lecture *systématique* et *hiérarchique* des dispositions constitutionnelles.

En effet, Schmitt souligne d'abord que l'expression même de « "président du Reich" dérive à son tour uniquement de la Constitution du Reich »[221] qui décrit la fonction présidentielle, laquelle ne peut faire l'objet d'aucune modification. Ainsi, poursuit Schmitt, le Président dépend du contreseing des ministres, ce qui implique par suite l'existence d'un gouvernement, lequel doit lui-même jouir de la confiance du Reichstag[222]. Le Parlement, tout comme le gouvernement, constitue donc l'une des composantes du minimum organique inaliénable contenu dans l'article 48. Et, sous cet éclairage, il pourrait sembler que le juriste introduise un élément limitatif à l'égard de sa théorie de 1921. Mais Schmitt relativise immédiatement la « composante » parlementaire. Tout d'abord, il affirme que l'instabilité parlementaire peut conduire à rendre difficiles les votes de défiance à l'égard du gouvernement, en limitant la portée du réquisit constitutionnel (art. 54) d'après lequel le gouvernement doit jouir de la confiance du Reichstag[223]. Mais, surtout, Schmitt souligne que l'article 48 pourrait être combiné avec l'article 25 de la Constitution, qui autorise le Président à dissoudre l'Assemblée :

> « Mais, là encore, si les potentialités politiques que recèle l'article 48 sont combinées avec d'autres potentialités contenues dans la constitution, le pouvoir politique du président du Reich peut devenir très grand. Tel est le cas – ce qui est tout à fait inhabituel pour le président d'un Etat républicain – dès que le Parlement, en vertu de l'article 25 de la Constitution du Reich, est dissous. »[224]

Et, bien loin de voir dans une telle combinaison une atteinte à la substance de la Constitution, dont l'Etat parlementaire constitue l'un des éléments principaux, Schmitt se contente sur ce point de commenter, en les détaillant, les barrières que le Président ne peut pas franchir dans l'organisation de nouvelles élections. En d'autres termes, d'un côté, Schmitt adopte une définition très substantielle de la Constitution qui lui permet de

juriste entend donc également hiérarchiser ces derniers. Ce qu'il réalise dans la *Théorie de la constitution*, clairement au détriment des droits sociaux. *Cf.* Schmitt (1928), 1993, pp. 303-304.

221 *Ibid.*

222 Schmitt (1927), 2000, p. 242.

223 *Ibid.*

224 Schmitt (1927), 2000, p. 243.

hiérarchiser les normes constitutionnelles en faveur des principes d'organisation et au détriment des droits fondamentaux, et, de l'autre côté, il maintient une analyse positiviste des lois constitutionnelles lorsqu'elle se révèle favorable à un usage extrêmement élargi des pouvoirs présidentiels au détriment du Parlement. Notons, par ailleurs, que c'est précisément en articulant sa double interprétation de l'article 54 et de l'article 25 que Schmitt accomplit sa véritable entreprise de subversion de la Constitution de Weimar dans sa *Théorie de la constitution*[225].

L'essentiel résidant ici dans le fait que Schmitt esquisse l'idée d'une possible liaison de l'article 48 et de l'article 25 de la Constitution conduisant à l'exercice d'une dictature du Président en l'absence de tout contrôle parlementaire – pour tout dire, en l'absence de Parlement[226]. C'est pourquoi le développement de la nouvelle théorie de 1924 ne peut être compris comme un effort visant à préciser les thèses de 1921. Bien au contraire, la thèse de l'inviolabilité de la « Constitution comme totalité » constitue une extension des pouvoirs dictatoriaux et un déplacement de l'objectif de Schmitt, comme en témoigne à la fois le caractère singulièrement exclusif du minimum organisationnel inviolable à l'égard des principes du parlementarisme et l'esquisse d'une possible liaison de la dictature du Président et de la dissolution de l'Assemblée. Un objectif qui consiste *déjà* à *subvertir* la

[225] En effet, dans le chapitre 27 de la *Théorie de la constitution*, consacré au système parlementaire de la constitution de Weimar, le juriste défend d'une part l'idée d'après laquelle, en l'absence de majorité parlementaire, le gouvernement peut se former et se maintenir sans avoir la confiance du Reichstag, aussi longtemps que ce dernier ne vote pas une motion de censure. Comme beaucoup de juristes, ne serait-ce que parce que la pratique parlementaire a évolué en ce sens, Schmitt admet donc une interprétation négative de l'article 54, qui veut que « le gouvernement ne démissionne que lorsqu'il a reçu une censure expresse. » : Schmitt (1928), 1993, p. 492. Mais, d'autre part, après avoir clos le chapitre 27 sur le caractère impartial du pouvoir modérateur du Président, Schmitt introduit l'idée d'après laquelle, en cas de vote de défiance expresse du Reichstag à l'égard du gouvernement, le Président peut néanmoins, avec le contreseing du chancelier, décréter la dissolution du Reichstag dans le but d'en appeler au peuple : « Je serais pour cette raison enclin à croire qu'un gouvernement auquel le Reichstag a retiré sa confiance par un vote de censure explicite peut néanmoins contresigner lui-même l'ordonnance du *Reichpräsident* qui dissout ce Reichstag. L'obligation de démission créée par l'art. 54 RV demeure naturellement, mais en pareil cas il faudrait d'abord attendre de connaître la décision du peuple sur la composition du Reichstag. L'obligation de démission devient effective lorsque les nouvelles élections n'ont pas donné au gouvernement une majorité au Reichstag et lorsque le nouveau Reichstag refuse sa confiance au gouvernement. » Schmitt s'attaque ainsi directement au contrôle parlementaire exercé sur l'exécutif, qui dépend très fortement de l'article 54, en faisant du droit de dissoudre l'Assemblée détenu par le Président un moyen de résister au vote de censure, déjà négatif. Le droit de dissolution devient donc, comme l'admet bien volontiers le juriste lui-même, le cœur du système de Weimar : « Au centre du système nous trouvons le droit de dissolution du président, qui modifie toutes les autres dispositions des lois constitutionnelles, et donc le but est de laisser la volonté du peuple trancher même contre une majorité parlementaire. » : Schmitt (1928), 1993, p. 506. L'essentiel consistant bien à faire de l'instabilité parlementaire un motif de légitimation d'un système présidentialiste fondé sur une interprétation très douteuse de la Constitution. Sur cette question, *Cf.* Beaud, 1993a, p. 105-106. Concernant les votes de confiance produit sous Weimar, on peut voir Gusy, 1994a, p. 32.

[226] *Cf.* également Schmitt (1927), 2000, p. 243: « Apparemment, on pensait que la promulgation de la loi du Reich était tellement imminente qu'on ne s'était même pas sérieusement soucié des problèmes particuliers qui résulteraient d'une dissolution du Parlement. »

Constitution de Weimar non seulement en substituant à l'interprétation positive de la Constitution une interprétation substantielle, mais plus profondément en introduisant les instruments d'une transformation du système parlementaire vers un système présidentiel autoritaire[227]. Et nous allons voir que la nouvelle définition proposée par Schmitt de la notion de « mesure » engage un déplacement de même nature à l'égard des thèses de 1921.

En effet, en 1921, Schmitt faisait de la distinction de la mesure et de l'acte législatif l'élément central de la limitation de la dictature. Elle permettait alors au juriste de justifier que le Président puisse prendre n'importe quelle mesure concrète sans pouvoir néanmoins effectuer un quelconque acte législatif, qui le conduirait à pouvoir modifier durablement le système du droit en édictant des décrets-lois annulant définitivement des lois antérieures. Inversement, Schmitt esquissait alors l'idée d'après laquelle l'absence d'une telle distinction de la mesure et de l'acte législatif mettait en danger la Constitution, et l'Etat constitutionnel lui-même. En 1921, la notion de mesure vise donc à interdire au Président de produire des actes législatifs généraux et durables au moyen de l'article 48. Or, en 1924, Schmitt substitue à cette dernière opposition celle de la mesure et de l'acte juridique gouverné par l'idée du droit :

> « Si une norme juridique, tout comme la sentence d'un juge vise essentiellement à exprimer un principe juridique, c'est-à-dire si elle vise essentiellement à être juste et gouvernée par l'idée du droit, elle ne saurait être une mesure. (…) C'est l'orientation en fonction d'un principe juridique plutôt qu'en fonction d'une opportunité concrète, fixée au cas par cas, qui confère à une telle norme sa dignité spécifique et la distingue de la mesure. »[228]

La norme juridique – ou le jugement rendu par un juge – et la mesure diffèrent essentiellement par leur *objectif* : alors que les premières possèdent un objectif juridique, qui consiste à faire de l'acte juridique en question l'expression d'un principe juridique, la mesure vise une fin essentiellement politique et concrète. Schmitt remplace donc l'opposition de l'acte général et de l'acte particulier par celle de l'acte qui exprime un

[227] Dans sa très puissante préface de la *Théorie de la constitution*, O. Beaud soutient la thèse d'après laquelle l'ouvrage consiste en une entreprise de subversion de la Constitution de Weimar, au moyen d'une interprétation très nettement favorable à un régime présidentialiste autoritaire : « En résumé, si les juristes, Preuss en tête, défendent la démocratie parlementaire et libérale, Schmitt subvertit le projet des fondateurs de la République en proposant la solution néo-absolutiste d'une souveraineté présidentielle. » Une hypothèse qui nous semble déjà valable pour l'article de 1924, republié un an avant la *Théorie de la constitution* en appendice de *la Dictature*. *Cf.* Beaud, 1993a, p. 107.

[228] Schmitt (1927), 2000, p. 246.

principe juridique et de l'acte déterminé par un objectif politique. Ce qui permet certes au juriste d'écarter, conformément à l'interprétation de 1921, l'interprétation formelle du positivisme d'après laquelle toute atteinte portée à la Constitution doit être comprise comme une modification constitutionnelle :

> « Par conséquent, une révision – au sens véritable du terme – de la constitution n'est jamais une mesure. »[229]

Mais, par ce déplacement, Schmitt cède également au Président le pouvoir de faire des actes juridiques généraux et durables, quoique théoriquement provisoires :

> « En prenant une ordonnance, le président du Reich peut décider d'une mesure. Des ordonnances de ce type ont valeur de loi, étant donné qu'elles sont des injonctions ayant force d'obligation tant pour les autorités administratives que pour les citoyens. »[230]

Autrement dit, Schmitt soutient l'évolution de l'opinion, dont Christoph Gusy note qu'elle admet peu à peu que les décrets-lois qui modifient des lois antérieures restent ensuite en vigueur après la crise, tant que le Reichstag ne s'en saisit pas, ce qui revient à céder une partie du pouvoir législatif à l'exécutif[231]. Certes, le juriste écarte que l'on puisse voir dans les décrets-lois de *véritables* actes de législation :

> « Il serait également erroné d'émettre l'hypothèse d'un double législateur constitutionnel, à savoir, d'après l'article 68, le législateur ordinaire et, d'après l'article 48, le législateur extraordinaire. Le président du Reich n'est pas un législateur. »[232]

Néanmoins, il est possible que les mesures prises dans l'urgence soient « gouvernées par l'idée du droit » [233]. Or, dans ce cas, Schmitt soutient que de tels actes juridiques, quelle

---

[229] Schmitt (1927), 2000, p. 246.
[230] Schmitt (1927), 2000, p. 247.
[231] Selon C. Gusy, c'est Ebert qui donne naissance à cette pratique, en remédiant à la crise économique au moyen de décrets-lois qui modifient des lois antérieures, et demeurent valables ensuite. Mais cette pratique ne s'est généralisée véritablement qu'à partir de 1930. Gusy, 1994b, p. 279.
[232] Schmitt (1927), 2000, p. 248.
[233] « Malgré l'urgence, il est cependant possible qu'on ait alors affaire à une normation par des principes, gouvernée par l'idée du droit, et qui prétend non seulement être une disposition, mais une normation juridique, définitivement juste (*richtig*) sur le fond. » : Schmitt (1927), 2000, p. 247.

que soit leur forme, sont bien *des lois « au sens véritable du terme, bien qu'à titre provisoire »*[234].

Après avoir distingué la mesure de la norme juridique par leur objectif divergent, Schmitt introduit donc l'idée d'après laquelle une mesure peut également posséder un objectif juridique, et le Président se voit donc attribuer une fonction législative « au sens véritable du terme ». Certes, encore, le juriste écarte que le Président puisse prendre des mesures sur n'importe quelle matière en se fondant sur l'article 48. Ainsi, il ne peut déclarer la guerre ni établir le budget[235]. Mais la question de savoir sur quelle matière il peut produire des décrets-lois devient exclusivement déterminée par la situation concrète, et, en dernier ressort, par le jugement arbitraire du Président. C'est pourquoi, en dépit des protestations répétées du juriste, son interprétation de l'article 48 *vise bien à justifier le transfert d'une partie du pouvoir législatif vers l'exécutif tout en critiquant le formalisme positiviste supposé autoriser toutes les confusions possibles avec son interprétation de l'article 76.*

Ainsi, outre son objectif évident qui consiste à élargir démesurément les pouvoirs exceptionnels du Président, l'interprétation de l'article 48 développée par Schmitt en 1924 nécessite de saisir la portée de sa critique de l'interprétation juridique dominante, ainsi que le renversement qu'elle implique à l'égard de ses thèses antérieures de 1921. En 1921, le juriste fait de la distinction de la loi et de la mesure, de la situation ordinaire et de la situation extraordinaire le cœur de sa théorie de la dictature ; car, comme le souligne Gopal Balakrishnan :

> « Faute d'une nette distinction entre lois et mesures, la constitution, selon Schmitt, deviendrait un document provisoire à la merci du président et de toute majorité législative, en tant que titulaires du pouvoir constituant. »[236]

Or, contrairement à ce que soutient Gopal Balakrishnan, Schmitt ne maintient pas la claire distinction de la loi et de la mesure en 1924[237]. Bien au contraire, il brouille sa définition de « mesure », et introduit l'idée d'un possible transfert des compétences législatives vers l'exécutif, soutenu par son interprétation du minimum organisationnel. C'est pourquoi l'on

[234] Schmitt (1927), 2000, p. 248.

[235] Ainsi que le note d'ailleurs Caldwell, la « généralité » d'une loi sur le budget est très contestable, et remet clairement en cause sa définition de l'acte législatif comme général et abstrait. *Cf.* Calwell, 1997, p. 105.

[236] Balakrishnan, 2006, pp. 65-66.

[237] En dépit de la grande précision de ses vigoureuses analyses, A. Simard ne relève pas non plus l'évolution du sens de la notion de mesure entre 1921 et 1924. Pour Simard, l'abandon définitif de la notion de mesure ne se produit qu'en 1930. *Cf.* Simard, 2006b, p. 255.

peut déceler dans l'interprétation de 1924 une nette radicalisation des thèses de Schmitt dans un sens non pas seulement antipositiviste, mais, en amont, antiparlementaire et très largement favorable à l'instauration d'un régime présidentiel de facture autoritaire.
Et nous allons voir que le sens de la critique antiparlementaire de Schmitt consiste désormais non pas à dénoncer les possibles abus d'un absolutisme du Parlement, mais inversement à annoncer la faillite du parlementarisme[238].

4- La dictature contre la « faillite du parlementarisme »

L'absolutisme potentiel de l'Assemblée est au cœur de l'ouvrage de 1921. En ce sens, *la Dictature* possède une portée antiparlementaire, qui se maintient à l'évidence dans l'intervention de Schmitt à Iéna. En revanche, le sens ainsi que l'objectif des critiques antiparlementaires est tout autre, comme le montre la très brève partie que Schmitt développe en 1924 sur le caractère provisoire de l'article 48, lié à l'alinéa 5 du § 2, que le juriste complète dans la publication de 1927 avec une partie qui lui est exclusivement consacrée[239].

Dans un premier moment, le juriste interprète d'abord l'alinéa 5 § 2 de l'article 48 comme un argument supplémentaire en faveur de sa mise en garde à l'encontre d'un usage abusif de l'article 48, susceptible de favoriser le glissement de la dictature de commissaire vers une dictature souveraine.
En effet, en vertu de l'alinéa 5 § 2, l'article 48 n'est « pas encore une réglementation complète, achevée, bien qu'il institue une législation applicable »[240]. Or, par cet

[238] C'est pourquoi ce qu'O. Beaud qualifie de dictature plébiscitaire nous semble s'esquisser très nettement en 1924. Effectivement, O. Beaud distingue la *dictature présidentielle*, qui se fonde « sur une double critique de la démocratie parlementaire et de l'Etat de droit, et d'autre part sur une apologie du pouvoir absolu du Souverain en cas d'urgence », de la *dictature plébiscitaire*, qui ne met plus l'accent « sur les insuffisances théoriques de l'Etat de droit, mais sur son anachronisme révélé par la notion de loi ». Or, si, d'un côté, le juriste maintient apparemment, dans son interprétation de l'article 48, la distinction de la loi et de la mesure, nous avons vu qu'il brouille de fait complètement l'opposition de la loi générale et de la mesure particulière qui prévaut encore en 1921. C'est pourquoi il nous semble que l'idée d'une dictature plébiscitaire s'esquisse déjà en 1924. *Cf.* Beaud, 1993, p. 96.
[239] En effet, l'article « Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung », qui fait l'objet d'une première publication en 1924 dans *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtlehrer*, ne possède que trois parties, la partie IV de l'article ayant fait l'objet d'un ajout lors de la nouvelle publication de l'article dans l'Appendice de *la Dictature* en 1927.
[240] Schmitt (1927), 2000, p. 230.

inachèvement de la réglementation de l'article 48, que Schmitt interprète comme une confirmation de sa très large interprétation, l'article entre en contradiction avec les principes de l'Etat de droit, lesquels tendent par nature à réglementer autant que possible l'ensemble de l'activité étatique, et donc en particulier, les pouvoirs exceptionnels[241] :

> « L'intention poursuivie par le renvoi à la loi du Reich, dont l'alinéa 5 prévoit la promulgation, était de tenir compte de cette évolution [caractéristique de l'Etat de droit] en délimitant les pouvoirs légitimes, les conditions et les effets de l'état d'exception. »[242]

C'est pourquoi le caractère indéterminé de l'article – autrement dit l'habilitation très générale accordée par l'article 48 *conformément à sa propre interprétation* – ne peut trouver son explication, poursuit Schmitt, que dans la confiance que le législateur a accordée au Parlement lui-même, à la fois comme garant du contrôle de l'usage des pouvoirs dictatoriaux, conformément à la réglementation en vigueur, mais surtout comme responsable de la législation requise à venir en vertu de l'alinéa 5[243]. Loin donc de voir dans l'action du Reichstag le principe d'un contrôle volontairement admis comme suffisant pour la sauvegarde de l'Etat de droit, Schmitt fait de la réglementation ultérieure prévue par l'article le seul facteur de la conformité à venir de l'article avec les principes de l'Etat de droit. Et l'alinéa 5 devient ainsi l'expression d'une réglementation non pas seulement inaboutie mais plus ou moins inexistante de l'article 48 :

> « La réglementation prévue par l'alinéa 5 qui fixait le surplus n'aura pour objet ni des détails ni des questions secondaires, mais elle devra nécessairement limiter le pouvoir général, donné par l'alinéa 2, phrase 1, tel qu'il aura été exercé jusqu'à ce moment. Du point de vue de l'Etat de droit, la loi qui fixera le surplus sera la véritable réglementation. »[244]

Reste que, en l'absence de cette « véritable réglementation », l'article s'applique tel quel. C'est pourquoi, bien qu'il soit une norme constitutionnelle qui fonde le pouvoir *limité* du Président en situation de crise, il est en même temps la source constitutionnelle d'un

---

241 Schmitt (1927), 2000, p. 235.
242 Schmitt (1927), 2000, p. 236.
243 « On considérait apparemment que la responsabilité, ainsi fondée, devant le Parlement constituait une garantie absolue contre tout abus. » : Schmitt (1927), 2000, p. 230. Non sans ambiguïté, Schmitt fait même de la prévision d'une révision ultérieure réglementant l'exercice de la dictature conformément aux principes de l'Etat de droit le moyen pour l'Assemblée constituante d'éviter le rejet de l'article : « Le moyen le plus important par lequel on pensait échapper aux réserves émises au sujet de la trop grande habilitation était en effet plutôt la loi du Reich à venir prochainement, qui fixera le surplus. » : Schmitt (1927), 2000, p. 230.
244 Schmitt (1927), 2000, p. 236. Nous soulignons.

pouvoir juridiquement *non réglementé*, en prévision d'une réglementation ultérieure qui n'est jamais venue. Or, faute d'une réelle réglementation des pouvoirs dictatoriaux du Président, Schmitt affirme que l'article pourrait être interprété comme une habilitation illimitée :

> « La dictature du président du Reich – on a le droit d'appeler ainsi ses pouvoirs extraordinaires – est nécessairement une dictature de commissaire, du seul fait que la constitution est entrée en vigueur. Mais on l'a intentionnellement dotée de pouvoirs très larges, de sorte que, sur le fond, et non certes quant à son fondement juridique, elle opère comme une dictature souveraine de l'Assemblée nationale. »[245]

En d'autres termes, en l'absence d'une véritable réglementation conforme aux principes de l'Etat de droit, l'article 48, parce qu'il est déjà applicable en l'état, peut être exploité pour transformer les pouvoirs exceptionnels en un véritable pouvoir constituant.

Une telle thèse n'est évidemment pas sans rappeler l'ouvrage de 1921. Mais dans *la Dictature*, l'Etat de droit échoue à réglementer la dictature en raison de la nature propre de cette dernière, qui, par essence, ne peut jamais être entièrement soumise à une réglementation juridique. En 1924, en revanche, c'est l'absence de réglementation qui rend possible le glissement de la dictature de commissaire vers la dictature souveraine. Une absence de réglementation dont le juriste soutient le caractère *volontaire*.

En effet, selon Schmitt, l'alinéa 5, qui témoigne à la fois du caractère non réglementé de l'article 48 et de sa contradiction avec les principes de l'Etat de droit tant qu'il s'applique en l'état, procède d'une *intention* de l'Assemblée constituante. Cette intention se laisse clairement percevoir, selon Schmitt, si l'on prend en compte l'évolution générale du droit en Europe :

> « Il est aujourd'hui impossible de traiter une telle question d'interprétation [de la constitution] de manière scientifique, tout comme le problème général de la dictature, sans procéder à des analyses approfondies d'histoire et de théorie de la constitution. Le même phénomène étrange se présente, sous des formes différentes, dans presque tous les pays européens : comme dictature manifeste, comme pratique de la législation sur les pleins pouvoirs ; par des dérogations apparemment légales, c'est-à-dire en respectant la forme prescrite pour une révision de la constitution ; par la législation effectuée par des majorités absolues, etc. Il n'est absolument pas "positif" d'ignorer cela. »[246]

---

[245] Schmitt (1927), 2000, p. 237. Nous soulignons.
[246] Schmitt (1921), 2000, p. 11. Préface (1927).

En d'autres termes, Schmitt associe l'essor des lois d'habilitation et l'indétermination de l'article 48 dans un même processus historique manifestant l'impuissance grandissante d'un Parlement qui cède de plus en plus massivement ses compétences et ses missions à l'exécutif :

> « Si le Parlement néglige [de demander ou de produire la réglementation] on tombe alors sur l'un des nombreux cas – produits du parlementarisme contemporain – dans lesquels on voit un Parlement, dans l'incapacité d'agir, permettre tacitement au gouvernement de mener une certaine action afin de ne pas être lui-même obligé de décider. Cela revient sur le fond à une habilitation. La situation des parlements contemporains les conduit, en plus des nombreuses habilitations explicites, à développer tout un système d'habilitations déguisées. »[247]

Ce qui implique par suite que l'absence de réglementation de l'article 48 ne peut être comprise comme un « oubli », ou comme un effet de l'urgence dans laquelle l'activité parlementaire s'est trouvée prise, mais bien davantage comme le *choix d'une Assemblée consciente de son impuissance* :

> « Il en est de même lorsque le Parlement omet exprès de réaliser la loi du Reich prévue par l'article 48, alinéa 5, afin que le Président et le gouvernement du Reich puissent en toute liberté prendre des ordonnances et des mesures que le Parlement ne souhaite pas lui-même ni prendre ni suspendre en vertu de l'article 48, alinéa 3. Etant donné cette pratique, on court le risque de voir toutes les institutions et tous les contrôles constitutionnels perdre leur sens, et la Constitution se dissoudre. »[248]

Le caractère inachevé de l'article 48 est donc interprété à la lumière de la tendance des Assemblées à multiplier les habilitations en direction de l'exécutif *comme le signe d'une crise ou plus radicalement d'une faillite du parlementarisme, incapable de prendre de véritables décisions*[249]. Mais en outre, dans la dernière partie de l'Appendice (IV), qui fait

---

[247] Schmitt (1927), 2000, p. 238. Nous soulignons.
[248] Schmitt (1927), 2000, p. 238. Nous soulignons.
[249] La lecture de D. Dyzenhaus d'après lequel l'interprétation schmittienne de l'article 48 procède d'un objectif antilibéral nous semble donc devoir être nettement nuancée. Selon D. Dyzenhaus, en effet, la thèse de Schmitt d'après laquelle le second alinéa constitue un ajout sur le premier alinéa témoigne d'un refus de la logique libérale qui cherche à encadrer juridiquement les pouvoirs extraordinaires : « Schmitt regarded the attempt to use the second sentence to qualify the first sentence as born not merely out of legal logic, but out of a particular liberal logic that attempts to cope with the need to limit extraordinary powers in so far as possible ». Et, un peu plus loin, D. Dyzenhaus soutient que l'affirmation de Schmitt, d'après laquelle le choix de laisser l'article 48 ouvert au moyen de l'alinéa 5 aurait été délibéré de la part de l'Assemblée constituante,

l'objet d'un ajout lors de l'édition de 1927, Schmitt entérine habilement l'interprétation qu'il vient lui-même de produire, en invitant d'un côté à produire une réglementation (élargie) dont il fixe les grands axes, tout en affirmant de l'autre qu'une telle réglementation nécessiterait non pas une simple loi ordinaire mais une révision constitutionnelle – évidemment impensable dans les circonstances de l'époque[250]. Le juriste construit donc bien une interprétation systématique de l'article 48, dans l'objectif de fonder une véritable dictature sur le fondement même de la faillite du parlement.

Ainsi, la théorie schmittienne de la dictature a fait l'objet d'une puissante radicalisation entre 1921 et 1924. Sans doute maintient-elle une apparente continuité dans ses thèses, qui brouille quelque peu leur virulence. Mais Schmitt ne dénonce plus les dangers d'une Assemblée toute-puissante, mais ceux de son impuissance, qui doivent conduire à la faillite de l'Etat – sauf, évidemment, à laisser place à un régime présidentiel de type autoritaire capable de prendre de « véritables décisions ». C'est pourquoi il est possible de considérer l'intervention de Schmitt à Iéna comme participant du mouvement de défiance des élites politiques au sein desquelles on voit, à partir de 1924, « se développer des spéculations sur une rupture avec le parlementarisme, et croître les chances d'un régime présidentiel dont on attendait la régénération de l'Etat sur une base autoritaire »[251].

Pour Schmitt, l'interprétation positiviste est, au minimum, aveugle, mais, plus vraisemblablement, conforme à l'évolution historique du droit et de l'Etat parlementaire qui court vers sa faillite. Et, à l'inverse de la lecture positiviste, Schmitt se propose bien d'ouvrir l'interprétation à la connaissance historique du droit, qui permettrait seule de fournir une interprétation de la Constitution adéquate à la réalité effective, dominée par la faillite du parlementarisme, non seulement impuissant à faire face aux crises qui tendent à se multiplier, mais qui, plus généralement, ne peut plus faire face aux nouvelles charges

---

viserait alors à montrer l'impuissance d'un tel encadrement, conforme aux vœux libéraux : « But Schmitt also said in one of his aphoristic hints that Article 48, paragraph 2 was left deliberateky broad, sa that "in actualy, thougt not in its legal foundation, it operate as the residuum of the sovereign dictatorship of the National Assembly". How is this last remark to be reconcilied with the preceding point and its elaboration? (…) The use of a conditional here is an instance of device Schmitt frequently adopted to state a possibility which liberal will and must find totally inacceptable, but whose antecedent he thinks is not merely possible but either exists or will inevitably to exist. That is, he was once again pointing out the poverty of liberal attempt that fails to deal with reality, but provides expressly the means of its own destruction. » Or, s'il est certain que les thèses de Schmitt ont bien une portée antilibérale, il ne nous semble pas que Schmitt pointe ici les limites de l'effort « libéral » visant à encadrer les pouvoirs exceptionnels, comme il le fera effectivement dans *Théologie politique*, mais qu'il dénonce l'impuissance du Parlement qui participe du transfert volontaire de ses pouvoirs vers l'exécutif. *Cf.* Dyzenhaus, 1997, pp. 73-76.

[250] Schmitt (1927), 2000, p. 254.

[251] Peukert, 1995, p. 215.

économiques et sociales dont l'Etat s'est vu échoir la mission. Mais la réfutation du positivisme chez Schmitt est essentiellement soumise, en 1924, à son objectif antiparlementaire, conformément d'ailleurs à sa défense, qui ne sera jamais démentie, de la primauté du politique sur le juridique. C'est pourquoi il ne nous semble pas possible de lire l'intervention de Schmitt, à la seule lumière de la querelle des méthodes[252].

Nous allons voir dans ce qui suit quelles ont été les deux stratégies de réfutation adoptées par Nawiasky et par Jacobi, à l'égard des thèses de Schmitt dans le but de déterminer le terrain sur lequel ces deux auteurs ont choisi de répondre au juriste. Et, en tenant compte des contextes très différents de publication des textes de Nawiasky et de Grau, qui datent respectivement de 1925 et de 1932, nous verrons que, si Nawiasky laisse clairement hors du champ de ses réfutations le contenu politique des thèses de Schmitt pour d'évidentes raisons méthodologiques, cependant, les deux auteurs témoignent d'une claire conscience des enjeux politiques de ces interprétations.

E. Anticritique de la « nouvelle théorie ». La critique de H. Nawiasky et la dernière formulation de la théorie de l'inviolabilité par R. Grau

1- Les enjeux scientifiques de l'interprétation de l'article 48 : Nawiasky et l'anticritique de la « nouvelle théorie »

Suite à l'intervention de Schmitt et de Jacobi à Iéna, en 1924, le professeur de droit constitutionnel à Munich Hans Nawiasky, dont la proximité théorique avec Kelsen est bien connue, réagit à la nouvelle théorie formulée par les deux auteurs. Il publie en 1925 « Die Auslegung des Art. 48 der Reichsverfassung » dans les *Archiv des offentlichen Rechts*, où s'énonce une ferme critique de la « nouvelle théorie » de Schmitt et de Jacobi. Nawiasky entend particulièrement montrer le caractère contradictoire de la démarche poursuivie par les auteurs qui s'efforcent de déconstruire l'interprétation positiviste très formelle de

[252] « By reducing the discussion about the Presidential emergency power to the options of positivist neutrality and anti-positivist politicization, the Jena debate appears to have been symptomatic for the very mentalities that would later cause the Republic's decline. » : Wilde, 2010, p. 139.

l'article pour réintroduire ensuite de nouveaux concepts limitatifs scientifiquement indéfendables. Une argumentation qui permet au juriste, nous allons le voir, de déconstruire très scientifiquement l'argumentation des juristes, mais qui conduit du coup à la fois à relativiser la différence qui sépare l'argumentation de Schmitt de celle de Jacobi et à laisser hors du champ argumentatif les analyses très politiques de Schmitt.

Nawiasky dénonce d'abord l'effort de déconstruction mené par les juristes à l'égard des barrières qui, dans la théorie de l'inviolabilité, limitent les pouvoirs exceptionnels issu de l'article 48. Ces barrières reposent, selon Nawiasky, sur une interprétation formelle du droit, d'après laquelle tout acte juridique est conditionné par une norme de droit qui réglemente les conditions habilitant une autorité à produire l'acte en question[253]. La signification de cet acte doit être elle-même tenue pour une norme de droit, et ce indépendamment du caractère général ou au contraire ponctuel et concret de l'acte. Ainsi, l'article 76 réglemente les conditions dans lesquelles le législateur est habilité à produire des normes qui transforment la Constitution, et l'article 48 habilite le Président à produire des normes qui portent atteinte aux dispositions constitutionnelles énumérées par l'alinéa 2 § 2. Mais, dans les deux cas, la Constitution a bien subi, d'un point de vue matériel, des modifications au sens où « la loi modifiant la constitution est celle dont le contenu contredit le document de la constitution »[254]. Une définition qui tient pleinement compte du fait que n'importe laquelle des mesures produites en vertu de l'article 48 modifie la norme constitutionnelle concernée qui n'a temporairement plus une valeur illimitée[255]. C'est pourquoi Nawiasky en conclut qu'il n'existe pas, d'un point de vue matériel, de différence entre une modification de la constitution et une violation légale de la Constitution : le point de vue formel permet seul d'opérer une telle distinction[256]. En refusant ce point de vue formel et en lui substituant la distinction matérielle de l'amendement, de la suspension et de la dérogation, Schmitt comme Jacobi ne font donc que masquer l'extension des « dérogations isolées » qui peuvent selon lui être apportées au contenu matériel de la

[253] Pour Nawiasky comme pour Kelsen, dont il est théoriquement très proche, toute norme est valide lorsqu'elle est produite suivant les conditions restrictives de la norme hiérarchiquement supérieure. C'est pourquoi, comme le souligne O. Pfersmann, dans le normativisme, l'« organe ne peut donc être opposé à la norme, il est une structure normative d'habilitation. Les normes de production des normes sont donc constitutives d'organes ». La théorie normativiste, qui suppose une hiérarchie de normes, doit donc être distinguée du positivisme organique de Carré de Malberg par exemple. *Cf.* Pfersmann, 1997, p. 305.
[254] Cette définition, retenue par Nawiasky, provient du compte rendu de la conférence des juristes allemands d'Iéna établi par Dona et Triepel. Cité dans Nawiasky, 1925, p. 17-18.
[255] Nawiasky, 1925, p. 18.
[256] Nawiasky, 1925, p. 18.

Constitution. Plus grave encore dans le cas de l'interprétation de Schmitt, ces dérogations peuvent porter sur *l'intégralité des dispositions constitutionnelles* et, par suite, autoriser une *réorganisation de l'ensemble du contenu matériel de la Constitution* aussi longtemps que l'on ne touche pas au texte même de la Constitution[257]. Nawiasky perçoit donc nettement la portée potentiellement subversive des thèses de Schmitt, sans néanmoins en attribuer pleinement l'intention au juriste, ainsi que nous y reviendrons plus loin.

Nawiasky dénonce ensuite la fragilité des principes de limitation de la dictature retenus par les juristes une fois écartée l'interprétation formelle de la Constitution. Tout d'abord, le juriste normativiste souligne le caractère politique de la hiérarchie substantielle des normes constitutionnelles, admise par les deux auteurs comme la véritable limite de l'article 48 – en tenant compte cependant des différences qui séparent les deux théories de Jacobi et de Schmitt. Ainsi, Nawiasky remarque que le choix opéré par Schmitt de retenir le gouvernement dans le minimum d'organisation inaliénable, alors même qu'il n'est pas mentionné dans l'article 48, ne peut être justifié d'un point de vue juridique ; car la dictature rompt avec le principe de séparation des pouvoirs, de telle sorte que ce dernier ne peut davantage justifier le maintien du gouvernement que celui d'un quelconque autre organe. C'est pourquoi soit on élimine le gouvernement du Reich du minimum d'organisation inaliénable, et le Président doit alors être admis comme un souverain (*Herrscher*) seulement limité par le droit du Reichstag d'exiger la suppression des décrets produits, soit on ajoute tous les autres organes considérés, et le minimum d'organisation se transforme en « maximum d'organisation »[258]. Mais, en outre, le fait d'écarter les droits fondamentaux du cœur substantiel de la Constitution, comme le réalise Schmitt, ne peut être justifié juridiquement[259]. On ne peut donc, selon Nawiasky, établir de frontière entre certaines parties essentielles de l'organisation et d'autres parties inessentielles, sauf à introduire une distinction de nature politique qui brouille la hiérarchie formelle des normes et conduit potentiellement au démantèlement de l'ordre constitutionnel :

> « La notion de minimum organisationnel peut être ainsi utilisée pour justifier un complet démantèlement de l'édifice du Reich et de l'Etat. »[260]

[257] Nawiasky, 1925, p. 18.
[258] Nawiasky, 1925, pp. 12- 13.
[259] Nawiasky, 1925, p. 12.
[260] Nawiasky, 1925, p. 8. Pour M. Wilde : « Presenting his argument in dogmatic terms, Nawiasky dramatized the confrontation between his own positivism and Schmitt's anti-positivism: Schmitt was suspected to have ventured beyond the limits of his discipline. He was believed to have employed a "freely

Une fois encore, la potentialité subversive de l'interprétation schmittienne est pleinement perçue, bien que l'auteur attribue davantage cette potentialité à la fragilité des principes théoriques limitatifs introduits par les deux juristes qu'à une construction intentionnellement subversive.

Nawiasky s'en prend ensuite au second grand principe de limitation de la dictature, qui repose chez Schmitt sur la définition de la mesure, dont il note le caractère fluctuant. Effectivement, après avoir désigné une action purement factuelle, la mesure inclut ensuite des règlements généraux liés par une finalité concrète, par opposition cette fois à la règle exprimant une règle de droit[261]. Le critère de la nature de l'acte, c'est-à-dire son caractère général ou au contraire ponctuel et concret, cède donc la place à celui du contenu ou du but de l'acte, entièrement laissé à la libre évaluation du Président[262]. Mais, dès lors, le concept de mesure draine avec lui le principe d'un véritable pouvoir discrétionnaire qui ne dit pas son nom. De telle sorte que les deux outils juridiques que les auteurs substituent au principe d'une rigoureuse préservation du principe formel de légalité se révèlent également susceptibles de modifier profondément l'ordre constitutionnel ou la Constitution au sens matériel, quoique sans user des procédures requises à ces effets.

C'est pourquoi, à l'encontre de la nouvelle théorie, Nawiasky maintient le principe d'une interprétation formelle du droit conforme au normativisme[263].

D'un point de vue formel, en effet, un acte de dérogation ou de suspension, tout comme un amendement de la Constitution, supposent de la même façon une habilitation légale, et le problème est donc seulement de savoir si l'article 48 habilite le Président à apporter des modifications matérielles à la Constitution tout en interdisant des modifications formelles. Le texte même de l'article 48 ne sachant justifier une telle lecture, on ne peut donc admettre que l'article 48 autorise des modifications au sens matériel de la Constitution, à l'exception de celles qui font l'objet de l'énumération de l'article 48 lui-même[264]. Enfin, si de telles habilitations exceptionnelles bouleversent bien l'organisation ordinaire des

---

chosen political ideology", rather than criteria deriving from the constitution itself, to prioritize some of the constitution's organizational provisions at the expense of others. » : Wilde, 2010, p. 149.

[261] Nawiasky, 1925, p. 27.

[262] Nawiasky, 1925, p. 28.

[263] Ainsi que le souligne M. Wilde : « Whereas Jacobi and Schmitt had been prepared to sacrifice the rule-of-law provisions of the constitution in order to save its political substance, Nawiasky reaffirmed these rule-of-law provisions, arguing that they were necessary limits to the President's emergency power, preventing him from creating a new constitutional order. » : Wilde, 2010, p. 150.

[264] Nawiasky, 1925, p. 19.

compétences, comme le notent Schmitt et Jacobi, l'organisation extraordinaire demeure fondée sur la Constitution elle-même[265].

Ainsi, Nawiasky produit une critique de la nouvelle doctrine qui se produit sur un terrain scientifique, et plus particulièrement méthodologique, non sans conformité avec les principes mêmes du normativisme qui se veut une démarche rigoureusement scientifique. Dans le résumé qu'il présente de son anticritique, Nawiasky dénonce le caractère contradictoire de la démarche même de Schmitt et de Jacobi qui, d'un côté, écartent par leur interprétation de l'article 48 les limites que constituaient les autres dispositions constitutionnelles, ce qui devrait les conduire à proclamer la suprématie d'un article sur tous les autres articles ; mais qui, de l'autre côté, s'efforce ensuite de soumettre l'article 48 à la Constitution et de limiter l'exercice des pouvoirs dictatoriaux[266]. Une attitude ambiguë que Nawiasky attribue généreusement à la *crainte éprouvée par les auteurs devant les conséquences de leur théorie*, une fois levées toutes les barrières qui limitent les pouvoirs dictatoriaux[267]. C'est donc la méthode antipositiviste suivie par les auteurs qui les mènerait dans une impasse dont ils peinent ensuite à limiter les conséquences potentiellement désastreuses. Et effectivement, ainsi que le souligne Wilde, la « principale objection [de Nawiasky] contre [la doctrine de Schmitt et de Jacobi] consiste en ce qu'elle mène à d'"indésirables conséquences" »[268]. Néanmoins, la portée politique des thèses schmittiennes apparaît clairement sous une forme indirecte dans les analyses de Nawiasky, quoiqu'elle ne fasse pas l'objet d'un traitement spécifique. C'est pourquoi, bien loin de soutenir le caractère dépolitisé des thèses de Nawiasky, qui s'engage par son analyse dans une solide défense de l'Etat de droit formel ainsi que du système parlementaire, il nous semble plutôt que c'est la forme scientifique de sa réfutation qui conduit Nawiasky à laisser de côté l'aspect trop ouvertement politique des thèses de Schmitt, qui n'apparaissent que de manière très secondaire. Ce qu'il est sans doute possible de regretter, au vu de la portée des thèses schmittiennes, mais qui ne permet certainement pas de soutenir la thèse d'un aveuglement à l'égard des enjeux véhiculés par la nouvelle théorie.

Nous allons voir, en revanche, que l'article que R. Grau publie en 1932 développe pour sa part une importante argumentation politique, qui témoigne de la volonté de lutter contre la doctrine schmittienne sur le terrain juridico-politique qui lui est certainement propre.

[265] Nawiasky, 1925, pp. 47-48.
[266] Nawiasky, 1925, p. 35-36.
[267] Nawiasky, 1925, p. 35.
[268] Wilde, 2010, p. 148.

2- Les enjeux politiques de l'interprétation de l'article 48 : Grau et la théorie de l'inviolabilité en 1932

Le dernier article de Richard Grau portant sur la Dictature du président, « Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten », est publié en 1932, dans l'important manuel de droit de G. Anschütz et R. Thoma, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, édité à un moment d'accélération de la crise politique, et où il n'existe plus guère d'ambiguïté concernant les positions politiquement radicales de Schmitt[269]. L'article développe la théorie de l'inviolabilité de la Constitution dans prolongement de sa première formulation de 1922 ; mais il intègre clairement les critiques que Schmitt et Jacobi lui ont opposées à Iéna.

En effet, Grau veut d'abord réfuter la critique émise par Jacobi et par Schmitt à l'encontre de l'interprétation dominante de l'article 48, qui met, selon eux, la Constitution en contradiction avec elle-même. Pour les juristes, on le sait, la doctrine de l'inviolabilité doit demeurer inapplicable, puisque les mesures dictatoriales doivent nécessairement porter atteinte à l'organisation générale des compétences. Or, parce qu'il n'est nullement fait mention dans l'article 48 d'une autorisation de porter atteinte à ces dispositions constitutionnelles, les juristes en déduisent à la fois l'échec de la théorie de l'inviolabilité et la nécessité d'introduire le principe d'une hiérarchie des dispositions constitutionnelles en prenant appui sur une lecture systématique de l'article. En réponse à cette objection, Grau souligne que l'article 48 ne contient pas seulement une habilitation extraordinaire à produire des normes, mais fonde également un principe de répartition des pouvoirs valable en situation exceptionnelle. En d'autres termes, l'article 48 crée des exceptions aux conditions d'organisation générales des compétences dont la validité est préalablement

---

[269] *Cf.* R. Thoma et G. Anschütz, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, t. 2, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1932 , pp. 274-295. Dans un précédent article datant de 1927, « Diktaturgewalt und Reichsverfassung », Grau produit une première réponse critique aux thèses de Jacobi et de Schmitt, en prenant néanmoins appui sur une tout autre argumentation, puisque le juriste admet alors l'existence d'une « forme de loi naturelle » consistant en un « minimum idéal de contenu constitutionnel » présent dans la conscience publique qui donne sens à la constitution elle-même[269]. Certes, à l'encontre de la tradition du droit naturel, Grau écarte que ce « minimum » puisse être déduit de l'examen de la nature humaine : seule l'histoire légale et politique fournit son contenu, qui se révèle conforme à l'évolution générale de l'Etat moderne vers l'Etat de droit. Reste que l'interprétation de Grau n'est pas sans prendre quelque distance avec le positivisme. Cette prise de distance se relativise dans l'article de 1932, où la notion de « loi naturelle » disparaît. En revanche, Grau maintient une large place aux arguments historiques et, surtout, politiques. *Cf.* R. Grau, « Diktaturgewalt und Reichsverfassung », in *Gedachtnisschrift fur Emil Seckel*, Berlin, 1927, p. 430-494 et Wilde, 2010, pp. 151 et ss.

limitée, et qui engagent *tous* les organes de l'Etat[270]. C'est pourquoi non seulement la Constitution ne se met pas en contradiction avec elle-même dans l'article 48, mais en outre une rigoureuse interprétation du texte constitutionnel doit permettre de déterminer les procédures de création de normes *et* la répartition des compétences valables en situation extraordinaire.

Pour déterminer ensuite ces procédures exceptionnelles ainsi que la nouvelle répartition des compétences, Grau souligne tout d'abord que la Constitution de Weimar s'inscrit dans le prolongement de la conception du droit antérieure à l'avènement de la République, qui admet déjà le caractère inviolable de la Constitution. Or, la Constitution de Weimar témoigne de la volonté de donner un nouveau point de départ à la vie nationale « en passant par la circonstance d'un pouvoir extraordinaire »[271] ; c'est pourquoi elle « dévie » seulement provisoirement de l'idée fondamentale de l'inviolabilité de la Constitution, que l'avènement de la Constitution républicaine porte un à degré plus élevé[272]. Une telle inviolabilité doit donc signifier, d'une part, conformément à l'interprétation de 1922, que le Président n'est pas autorisé à prendre des mesures qui soient en contradiction avec le contenu matériel de la Constitution, à l'exception des atteintes explicitement autorisées par l'article 48 lui-même ; mais elle implique, d'autre part, le maintien de l'organisation ordinaire des pouvoirs à l'exception des seules modifications de répartition engagées par l'article 48 lui-même. C'est pourquoi non seulement *tous* les organes sont également engagés dans l'organisation extraordinaire des compétences, à l'encontre du principe du minimum organisationnel de Schmitt, mais en plus le principe de répartition des compétences demeure conforme à la Constitution elle-même[273]. Certes, Grau reconnaît que l'inviolabilité de la Constitution peut conduire à tenir pour inviolable des dispositions constitutionnelles dont la signification pour les conditions de l'existence politique du Reich n'est pas toujours aussi importante que celle de certaines lois ordinaires. Reste qu'il n'est pas du pouvoir du dictateur de décider de manière discrétionnaire de hiérarchiser les dispositions constitutionnelles en fonction de leur importance politique, suivant la thèse du minimum organique de Schmitt, ou suivant le principe de hiérarchie admis par Jacobi[274]. Il

[270] Grau, 1932, p. 282.
[271] Grau, 1932, p. 281.
[272] *Ibid.*
[273] Grau, 1932, p. 282. « Grau's main objection to the interpretation of Schmitt and Jacobi was that they had failed to recognize that Art. 48 was essentially an "organizational norm". He rejected their argument that the fact that the President's emergency power of Art. 48 was contrary to some of the constitution's fundamental principles, such as the separation of powers and the federative structure of the Reich, led to the logical conclusion that derogation from its rule-of-law provisions had to be allowed. » : Wilde, 2010, p. 151.
[274] *Ibid.*

est donc exclu d'affirmer que l'article 48 mette la Constitution en contradiction avec elle-même.

Ensuite, Grau écarte la distinction opérée par les deux juristes de la dérogation et de la suspension. D'une part, parce que cette dernière ne peut signifier l'annulation de la validité d'une norme constitutionnelle, sauf à mettre en danger l'ensemble de l'édifice constitutionnel – car, dans le cas contraire, la suspension de l'article 114 en vertu de l'article 48 permettrait à l'administration des impôts de mettre celui qui n'a pas payé ses impôts en prison aussi longtemps qu'elle le tient pour utile[275]. Mais, d'autre part, Grau souligne que l'inscription des droits fondamentaux dans la Constitution a pour objectif de préserver les individus contre tout abus des autorités existantes. A cet égard, la réglementation de l'activité des autorités n'est pas suffisante, et la protection générale du citoyen ne se réalise véritablement qu'à travers les droits fondamentaux qui se situent en quelque sorte « du point de vue du citoyen »[276]. Par ces normes constitutionnelles, il est donc admis que l'exécutif ne peut agir dans le domaine des droits fondamentaux qu'en vertu d'une norme d'autorisation légale qui détermine le *contenu* de son intervention. C'est cette exigence même qui est abolie pour le dictateur aussi longtemps que dure la suspension, où toute intervention dans les domaines de la vie protégés par le droit fondamental est autorisée sur la base de l'article 48. Mais il est alors exclu que la suspension du droit fondamental soit conçue comme une augmentation de pouvoir pour tous les organes de l'Etat : la suspension de la validité d'une disposition constitutionnelle ne vaut que pour le Président et pour les agents qui sont directement sous son autorité[277]. A l'encontre de la thèse de Schmitt, d'après laquelle l'alinéa 2 constitue un ajout par rapport à l'alinéa 1, Grau maintient donc le caractère limitatif du second alinéa.

Ainsi, comme Nawiasky, Grau défend la thèse d'après laquelle le Président ne peut s'écarter de ses compétences habituelles qu'en vertu d'une autorisation explicite de la Constitution. Néanmoins, son argumentation diffère sensiblement de celle de Nawiasky, dont la démarche scientifique procède d'une conception très formelle du droit ainsi que de la pleine étanchéité des disciplines. Inversement, Grau multiplie les arguments historico-politiques, et, par son interprétation des droits fondamentaux, il s'écarte de l'interprétation strictement formelle de Nawiasky. Pour Grau, l'article 48 doit être compris comme le fruit

---

[275] Grau, 1932, p. 283.
[276] Grau, 1932, p. 284.
[277] *Ibid. Cf.* Wilde, 2010, pp. 152-153.

d'une évolution historique libérale favorable à l'essor de l'Etat de droit, ainsi que le montre Wilde :

> « [Grau] thus regarded the constitution as the outcome of a historical development, in which an increasing level of legal protection against executive emergency power had been realized. This development, Grau suggested, had culminated in Art. 48:2, which gave an exhaustive account of those rule-of-law provisions that the President was allowed to suspend in case of an emergency. »[278]

En d'autres termes, Grau n'est pas sans faire de l'article 48 le fruit d'une évolution politiquement libérale dont il défend pleinement les orientations. L'argumentation de Grau n'est donc pas seulement scientifique ou méthodologique, comme pour Nawiasky, mais bien *politique*[279]. C'est ce que montre sa défense relativement explicite de la préservation du système parlementaire dans son interprétation du contrôle parlementaire des pouvoirs exceptionnels.

En effet, dans le dernier moment de l'article, Grau se penche sur le contrôle juridique et politique de la dictature[280]. Le contrôle politique procède de l'article 48 § 3, qui autorise le Reichstag à demander la suppression des mesures prises par le dictateur. Or, sur ce point, Grau souligne la différence qui sépare les pouvoirs exceptionnels du monarque ou de l'empereur dans le droit antérieur, de ceux du Président sous la République. Car, si les pouvoirs exceptionnels de l'empereur durant l'état de guerre procèdent de son pouvoir propre de commandement, le Président, quant à lui, est toujours responsable devant le Parlement[281]. C'est pourquoi, s'il n'existe pas de majorité au Reichstag, le gouvernement ne peut prétexter de l'absence de majorité au Reichstag pour justifier l'élaboration de

---

[278] Wilde, 2010, p. 153.

[279] Bien que les implications politiques des principes méthodologiques choisis par Schmitt, et dans une moindre mesure par Jacobi, soient bien perçues par Nawiasky, ainsi que nous l'avons vu.

[280] Grau se penche juste après sur le contrôle juridique des mesures dictatoriales, dont il admet, à l'inverse de Schmitt et de Jacobi, la possibilité. Ce contrôle juridique des mesures dictatoriales peut être effectué selon lui aussi bien par les tribunaux ordinaires, bien qu'il ne conduise pas alors à une abolition juridique des mesures contraires au droit, mais seulement à leur non-application, que par la Haute Cour de justice de l'Etat (*Staatgerichtoff*), dans le cas où la Cour serait saisie par un Land en vertu de l'article 19, comme ce fut le cas suite à la saisie de la Cour de justice de l'Etat de Leipzig par le gouvernement prussien destitué en vertu de l'ordonnance présidentielle du 20 juillet 1932. Selon Grau, néanmoins, la Haute Cour ne peut apprécier la décision même du Président d'user des pouvoirs dictatoriaux, qui relève de la politique générale de la direction du Reich et dont le contrôle relève seulement du Parlement ; de même, toute évaluation des mesures prises pouvant mettre en péril les buts poursuivis par la dictature, le contrôle doit être limité – d'autant qu'il entre en compétition avec le contrôle du Reichstag. Mais, en cas de mesures absolument inadaptées et en dehors des limites extrêmes de l'appréciation du dictateur, la Haute Cour peut déclarer une mesure illégale. *Cf.* Grau, 1932, pp. 294 et ss. *Cf.* Jacobi, 1924, p. 126. Schmitt défendra sa position, notamment lors du Coup de Prusse. Nous reviendrons sur ce point plus loin.

[281] Grau, 1932, p. 292.

mesures dictatoriales, car les difficultés liées à la législation parlementaire ont été prises en compte par la Constitution et « constituent un moment essentiel du système de gouvernement parlementaire »[282]. Une thèse évidemment contraire à l'interprétation retenue par Schmitt, mais qui s'oppose également à l'interprétation retenue par bien des positivistes. Ainsi, pour Anschütz par exemple, la dictature pourrait également être utilisée pour surmonter des blocages législatifs dans un état d'urgence comme *supplément de la législation parlementaire*[283]. Inversement, Grau met en garde contre la tentation pour le Reichstag de se décharger de ses responsabilités sur l'exécutif, en donnant naissance à un Etat totalement opposé au régime parlementaire, où le pouvoir exécutif se doit d'être responsable devant le Parlement, lequel est à son tour responsable devant la Nation[284].

De plus, et toujours parce que le contrôle parlementaire est garant du maintien de la république parlementaire, une dissolution dont l'objectif est précisément d'empêcher un tel contrôle doit être admise comme non constitutionnelle selon Grau.

Par cette double limitation de la dictature au moyen du contrôle parlementaire, Grau réprouve clairement l'adoption de plus en plus généralisée de législations par décrets-lois en application de l'article 48, sous prétexte de crise économique. Mais, en outre, il condamne fermement l'usage dissuasif du droit de dissolution dont l'exécutif est tenté d'user à l'encontre du contrôle parlementaire, depuis la dissolution du Reichstag effectuée par Brüning suite à la demande d'abrogation des décrets présidentiels visant à stabiliser le budget prononcée le 18 juillet 1930[285]. L'essentiel consistant ici dans le fait que la lecture de Grau engage *une défense explicite du régime parlementaire*, en réponse aux tentatives de plus en plus ouvertes de Schmitt visant à subvertir la Constitution dans un but antiparlementaire. Car c'est bien pour garantir le contrôle du Reichstag que Grau affirme l'inconstitutionnalité d'une dissolution lorsqu'elle a pour but d'empêcher ce contrôle, et c'est également dans le but de garantir la fonction législative du Reichstag que Grau exclut que l'article 48 puisse servir de supplément de législation en cas de blocage parlementaire. Enfin, il est à noter que Grau limite le contrôle juridique également dans le but d'éviter la compétition du Parlement et de la justice.

[282] *Ibid*. Nous traduisons.
[283] Anschütz, 1921, p. 281.
[284] *Ibid.*
[285] Ce pourquoi Grau propose que la loi d'exécution prévue par l'article 48 § 5 transmette au comité de surveillance existant selon l'article 35 de recevoir le contrôle de la dictature pour la durée de l'empêchement du Reichstag. Grau, 1932, p. 292.

Ainsi, les deux réponses de Nawiasky et de Grau diffèrent sensiblement, sans doute en raison du moment de leur publication, dont il est indispensable de tenir compte, mais également pour des raisons théoriques ou méthodologiques, assumées par Nawiasky, qui le conduisent à laisser hors du champ de ses réfutations le contenu politique des thèses de Schmitt. Néanmoins, nous avons souligné que les deux auteurs avaient nettement conscience des enjeux politiques de ces interprétations – et ils nous semblent avoir lutté avec les armes théoriques qu’ils avaient à leur disposition.

CONCLUSION

A l'issue de cette première partie, nous voudrions tirer un bilan provisoire. Tout d'abord, nous avons voulu montrer que la réflexion doctrinale portant sur la question des pouvoirs exceptionnels s'est initialement présentée comme une réponse apportée à la crise de l'Etat parlementaire, qui recouvre plus ou moins une réaction antiparlementaire animée par l'idée d'après laquelle la toute-puissance de l'Assemblée dans une démocratie de plus en plus ouverte est un danger pour les libertés et pour la stabilité de l'Etat.

En France, d'abord, nous avons vu que les enjeux du débat doctrinal portant sur les actes de gouvernement, sur les règlements de nécessité et sur les circonstances exceptionnelles, ne peuvent être saisis hors du cadre d'une remise en question plus générale de l'absolutisme parlementaire. En Allemagne, ensuite, les pouvoirs exceptionnels s'intègrent dans une réflexion juridico-politique portant sur l'équilibre des pouvoirs de l'Assemblée et du Président dans le cadre d'une république démocratique, qui traduit un véritable conflit autour du parlementarisme et, nous le verrons, de la démocratie.

Dans ce cadre, la réflexion menée par Schmitt s'inscrit dans un premier moment dans le prolongement de celle de Hauriou[286] : pour Schmitt, c'est d'abord la suprématie de l'Assemblée qui pose problème – suprématie qui devient inquiétante pour bien des élites en raison du processus de démocratisation qui, au cours du XIX[e] siècle, conduit à associer les classes populaires à la formation de la volonté étatique. Mais, si la littérature juridique de l'époque critique couramment l'absolutisme parlementaire, en revanche, elle admet assez généralement que l'encadrement de l'exercice du pouvoir dans l'Etat de droit, qui promeut la défense des droits individuels, fasse obstacle à cet « absolutisme »[287]. La particularité du raisonnement schmittien provient donc d'abord de son affirmation d'après laquelle l'essor de l'Etat de droit vient au contraire soutenir (et masquer) cet absolutisme parlementaire. Mais nous avons vu ensuite comment cet antiparlementarisme fait l'objet d'une radicalisation qui modifie la fonction même de l'interprétation de la dictature qui, d'un outil faisant office d'un cassandre conservateur, devient un outil de subversion de la Constitution de Weimar. C'est pourquoi d'une part, on ne peut pas, selon nous, engager une réflexion sur les pouvoirs exceptionnels sur la base d'une « définition atemporelle »,

---

[286] O. Beaud a largement souligné l'influence exercée par Hauriou sur la pensée de Schmitt dans sa Préface de la *Théorie de la Constitution* : « En gros, Schmitt radicalise à peu près toutes les idées de Hauriou dans un sens autoritaire, antilibéral. » *Cf.* Beaud, 1993a, pp. 8 et ss.

[287] Sur cette question, on peut voir surtout Redor, 1992 ; Baumert, 2009b, et Schönberger, 1997.

selon l'expression de Saint-Bonnet, mettant en relation la norme, la situation de crise et l'Etat. Car une lecture philosophico-juridique trop générale et anhistorique des pouvoirs exceptionnels risque toujours de reconduire implicitement des thèses politiques véhiculées par des textes que l'on abstrait de leur contexte historique. Ce qui est particulièrement fréquent concernant l'interprétation schmittienne des pouvoirs de crise, qui font trop souvent l'objet d'un usage bien dangereux, en l'absence d'une claire conscience de leur enjeu politique. D'autre part, nous pensons également devoir écarter l'interprétation très théorique du débat doctrinal qui s'est noué autour de l'article à la seule lumière du conflit opposant les positivistes aux antipositivistes, car une telle grille de lecture efface également partiellement les objectifs *politiques* du juriste.

Ce qui nous amène alors à examiner l'hypothèse d'après laquelle l'ensemble de l'analyse schmittienne peut être conçue comme une stratégie d'écriture, un « art d'écrire », visant à masquer l'objectif réel du juriste, selon l'hypothèse très argumentée de Olivier Beaud[288] et de Renaud Baumert[289], pour lesquels le juriste utilise un art rhétorique et des techniques d'écritures lui permettant de faire une critique oblique quoique très radicale de la République de Weimar.

Dans sa recension de la Préface d'Olivier Beaud, Pasquale Pasquino a critiqué une telle lecture qui fait de l'opportunisme de Schmitt la clef de lecture de ses écrits, dont la critique de l'Etat constitutionnel weimarien serait le point névralgique[290]. Pour Pasquale Pasquino, une telle lecture n'est pas véritablement fondée et fait surtout abstraction du contexte de crise politique majeure de l'époque, dominée par le spectre d'une absence de majorité démocratique, ou pire par le « cauchemar d'un majorité non démocratique »[291]. Il est certain qu'un tel cauchemar existe bien pour les juristes de l'époque. Mais il est douteux, en revanche, que l'interprétation schmittienne de la dictature n'engage pas également une volonté de remettre en cause de manière beaucoup plus générale le parlementarisme sous la République de Weimar, de la même manière, inversement, que la défense du parlementarisme opérée par Kelsen (ou ici de Nawiasky) ne peut pas être comprise, selon nous, comme la validation impuissante du « suicide de la République »[292]. Car, la dictature

[288] Beaud, 1995, p. 15 et ss.

[289] Baumert, 2009b. Dans son très bel article, R. Baumert radicalise la thèse de O. Beaud, en substituant la notion de « rhétorique » à celle « d'art d'écrire », « afin de souligner les objectifs pratiques que Schmitt s'assigne ».

[290] Pasquino, 1993a, pp. 703 et ss.

[291] Pasquino, 1993a, p. 706.

[292] « Que faire en face d'une situation politique de ce genre ? Défendre en tout cas le parlementarisme, la suprématie du Parlement ; c'est cette réponse que O. Beaud semble suggérer, comme Kelsen l'avait fait au

n’est pas seulement théorisée comme un symptôme, puis comme un remède, à l’encontre des défaillances du parlementarisme, mais l’interprétation de l’article 48 est bien le support d’une entreprise de subversion de la Constitution, et, nous le verrons dans notre seconde partie, le support d’une véritable refonte de la démocratie en un sens autoritaire – et donc antidémocratique. Ce qui nous conduit à soutenir assez vivement l’affirmation de Renaud Baumert[293] d’après laquelle le travail doctrinal de Schmitt « doit aussi être compris comme une intervention engagée qui tend à influencer les situations juridiques en redéfinissant les concepts majeurs de la doctrine du droit public »[294]. Car Schmitt n’avance pas masqué au sens où il dirait autre chose que ce qu’il veut réellement dire, mais plutôt en ce qu’il s’empare d’un certain nombre de concepts juridico-politiques dont il limite, déplace, voire renverse, l’interprétation admise généralement par la doctrine au moyen de son interprétation : ainsi s’il reconnaît la légitimité démocratique, cela s’accompagne d’un effort de neutralisation de la démocratie parlementaire sous la forme d’une dénonciation de sa « toute-puissante impuissance », et s’il reconnaît la République de Weimar, c’est en détournant la fonction de certaines institutions, en particulier de la dictature, par son interprétation doctrinale. Sous cet aspect, il est certain que chez Schmitt, « c’est avant tout une logique politique qui préside à la définition et à l’évolution des notions »[295].

En dépit de ce que nous leur devons, nous serions néanmoins tentés de discuter quelque peu la position défendue par Olivier Beaud et Renaud Baumert : car si la réflexion schmittienne obéit à une logique politique, ce n’est pas au sens où la politique se réduirait à une pure stratégie au service d’une idéologie[296]. Chez Schmitt, droit et politique sont intrinsèquement articulés : toute théorie juridique est *porteuse* d’objectifs politiques, mais elle n’est jamais un simple instrument au service d’objectifs qui lui sont extérieurs. De telle sorte que la théorie schmittienne du droit supporte une thèse sur la *nature même du droit*

---

moment même du suicide de la République. Mais, comme il n’y avait pas de majorité au Parlement, est-ce qu’il fallait dire avec Anschütz : (…) ici le droit de l’Etat n’a plus rien à dire ». Pasquino, 1993a, p. 707.

[293] Nous soulignons d’ailleurs que notre interprétation doit beaucoup aux travaux de R. Baumert.

[294] Baumert, 2009b, p. 450.

[295] Baumert, 2009b, p. 451.

[296] R. Baumert oppose les théories doctrinales qui visent à rééquilibrer le système institutionnel dans un sens ou un autre au projet schmittien, qui « sans l’avouer explicitement, (…) tend à bouleverser les institutions. On passe en quelque sorte d’un débat sur les limites internes de la démocratie libérale à une controverse sur sa légitimité même. » : Baumert, 2009b, pp. 549-450. Mais la question porte précisément sur la frontière entre un effort visant à « rééquilibrer le système institutionnel » au moyen d’une interprétation, et un effort visant à le renverser. Comment distinguer une doctrine juridique dont l’influence politique est acceptable scientifiquement de celle qui ne l’est pas ? Cette distinction ne suppose-t-elle pas au contraire que *toute doctrine juridique est politique* et qu’elle engage une forme de lutte contre d’autres doctrines politiquement divergentes ?

que l'on ne peut contourner en lui opposant une démarche scientifique dont le juriste nie précisément la neutralité[297].

Enfin, nous voudrions revenir sur l'hypothèse, issue d'une critique plus large du positivisme, d'après laquelle c'est la liaison que le positivisme allemand a effectué entre la suprématie du législateur et une théorie très formelle du droit qui a rendu possible le transfert de plus en plus massif du pouvoir législatif vers l'exécutif, participant ainsi activement à la naissance des systèmes dictatoriaux. Il est certain, ainsi que nous l'avons vu, que les positivistes ont défendu une interprétation formelle de l'article 76, qui ne pose pas de limite au transfert des compétences législatives vers l'exécutif. Néanmoins, on ne peut ni omettre le fait que l'interprétation très large de l'article 76 s'articule avec une interprétation limitative de l'article 48, ni écarter l'orientation ouvertement favorable au parlementarisme et soucieuse de la démocratie – au moins, au sens d'une démocratie représentative formelle – d'une telle thèse.

C'est pourquoi cette grille de lecture nous semble soit reproduire sans véritable distance critique une thèse largement développée par les juristes conservateurs de l'époque, soit, plus vraisemblablement, témoigner d'une méfiance à l'égard du parlementarisme, et plus certainement encore, de la démocratie sous sa forme participative – et non libérale. Car, ainsi que le souligne encore Peter Caldwell, la démocratie peut signifier aussi bien l'avènement de la souveraineté du peuple, justifiant le pouvoir illimité de ses représentants, que la défense du droit des minorités :

> « The doctrine of popular sovereignty raised questions about the meaning minority rights, about limits to the power of the people's representatives (be they political parties, the parliament, or the president), and in general about the relation between the power of the people and constitutional law. »[298]

C'est pourquoi, en dernière instance, la doctrine de l'identification de la loi et de la volonté de l'Etat doit nécessairement conduire à interroger la *définition même de la démocratie*. Et

[297] Ainsi, R. Baumert soutient-il que la doctrine juridique de Schmitt « ne se veut pas une science – dont la finalité serait de dégager des connaissances plus ou moins durables – mais une forme de lutte visant à redéfinir les concepts juridiques et les catégories mentales qui permettent leur appréhension. Loin d'être un simple jeu de l'esprit, cette lutte est un « engagement » proprement politique. Dans cette optique, la redéfinition des concepts joue un rôle central, puisqu'elle doit permettre de gagner à la cause défendue, et de manière interne, ceux qui a priori la rejettent. » : Baumert, 2009b, p. 120. Ce qui nous semble absolument convaincant, à la différence près que nous pensons que toute interprétation juridique engage une certaine conception politique portant, en ce qui concerne notre sujet, sur la nature de la démocratie parlementaire. En ce sens, l'interprétation schmittienne est une lutte politique dans le champ juridique qui, bien qu'elle défende des positions extrêmes et très radicales, n'est peut-être pas si différente de toute interprétation juridique.

[298] Caldwell, 1997, p. 5.

c’est cette définition dont la réflexion menée par Schmitt sur la dictature esquisse la problématisation, qui fait selon nous le cœur de sa réflexion portant sur l’état d’exception à partir de 1922. Ce qui constitue l’objet de notre seconde partie.

DEUXIEME PARTIE

Carl Schmitt, théoricien de l'exception contre l'immanence démocratique

INTRODUCTION

Bien que *Théologie politique* marque une certaine continuité avec *la Dictature* par les thèmes abordés, le juriste n'en semble pas moins accomplir un important déplacement à l'égard de ses objectifs antérieurs. En 1921, le juriste est essentiellement animé par la crainte d'une dictature populaire de l'Assemblée, et il dénonce alors l'aveuglement de l'Etat de droit libéral aux conséquences de l'avènement de la souveraineté populaire. A partir de 1922, en revanche, Schmitt s'en prend au rejet de la notion de souveraineté par le rationalisme libéral ; et il s'engage, dès 1923, dans la défense de la démocratie contre le parlementarisme libéral. Néanmoins, le plaidoyer en faveur de la notion de souveraineté dans *Théologie politique* n'est pas un plaidoyer en faveur de la souveraineté *du peuple,* et il peut même être compris, sous un certain angle, comme une mise en garde à l'égard des dangers de la démocratie. Car, si le juriste défend la notion de souveraineté contre le rationalisme libéral, c'est d'abord parce que ce dernier est parfaitement aveugle à ses yeux au modèle de démocratie dont il est porteur : un modèle anarchiste, fondé sur un individualisme rétif à toute autorité et une foi dans les forces auto-organisatrices de la nature. S'il existe donc bien un changement entre les deux ouvrages, il ne concerne pas la méfiance du juriste à l'égard de la démocratie, mais plutôt la nature du péril qu'elle engendre : le risque d'une dictature populaire de l'Assemblée cède la place à celui d'une dissolution de l'unité politique, produit d'une conception immanente de la démocratie.

C'est cette évolution de l'interprétation schmittienne, qui mobilise selon nous sa théorie de l'exception, qu'il s'agira d'examiner dans la première partie (I), avant d'observer comment Schmitt prend appui sur cette théorie pour reconstruire une définition substantielle et autoritaire de la démocratie, dont nous tenterons de montrer qu'elle vise moins le libéralisme que le pluralisme (II). Enfin, il conviendra d'examiner dans un dernier moment la critique du pluralisme développée par le juriste, dont nous verrons qu'elle met en jeu la question du monopole du politique contre la politisation de la société (III).

Chapitre 1

L'état d'exception, gardien de la souveraineté contre l'immanence démocratique

I. *La Dictature* et les dangers de la souveraineté démocratique

La pensée schmittienne du droit et de l'Etat se structure autour du concept de la souveraineté. Mais elle se formule d'abord par l'énoncé d'une inquiétude, sinon d'une méfiance, à l'égard de l'avènement de la souveraineté démocratique qui, dans le cadre d'un processus de rationalisation qui se développe dès le XVIIe siècle, menace, selon lui, de verser dans une dictature populaire. C'est la notion de dictature souveraine qui permet au juriste de dévoiler la nature des dangers liés à l'avènement de la souveraineté populaire. Une telle notion possède un double objectif. D'une part, elle permet de dénoncer la confusion de la situation ordinaire et de la situation extraordinaire dans les théories de la souveraineté populaire. D'autre part, elle fonde la récusation du caractère transitoire de la dictature du prolétariat, dont l'objectif est suffisamment abstrait pour verser dans une dictature permanente. Dans les deux cas, la dictature souveraine vise donc à dénoncer les dangers d'un exercice direct de la souveraineté populaire, implicitement qualifié de dictature permanente du peuple.

C'est cette première théorie de la souveraineté démocratique telle qu'elle se formule dans *la Dictature* qui sera examinée dans ce chapitre. Elle permettra ensuite de prendre la mesure du déplacement de l'objectif stratégique du juriste dans ses œuvres ultérieures, dont l'élément de continuité réside, selon notre hypothèse, dans une profonde méfiance à l'égard de la démocratie.

Le danger d'un absolutisme démocratique est, pour Schmitt, inhérent à l'avènement de la souveraineté populaire. Sans beaucoup d'originalité, cette menace trouve, dans *la Dictature*, son illustration historique dans la Terreur, et sa traduction théorique chez Rousseau[1].

[1] Néanmoins, c'est également chez Rousseau que Schmitt dégage les éléments de sa théorie de la dictature souveraine, qui lui permet à la fois d'admettre le principe de la souveraineté populaire, tout en dessinant en contrepoint ses limites.

En effet, d'après Schmitt, la théorie de Rousseau est au fondement d'une conception commissariale de l'ensemble de l'activité étatique, qui définit la démocratie sous sa forme directe. Cette conception procède d'un double principe, à la fois individualiste et rationaliste, dont on trouve la formulation la plus pure dans le problème qui donne naissance au contrat social[2]. Ce problème vise, on le sait, à trouver une forme d'association qui protège la liberté de chaque associé et par laquelle chacun reste aussi libre qu'auparavant, et il se résout par une forme d'identification rationaliste de la volonté de chacun avec la volonté générale. C'est la rationalité de la volonté générale, soit sa généralité et son caractère abstrait, qui permet de faire correspondre la volonté de chacun avec la volonté de tous. Non sans élever cependant la volonté générale « au rang de dignité divine [qui] détruit toute volonté particulière ainsi que tout intérêt particulier »[3], où toute contestation individuelle devient seulement le signe d'une volonté égoïste qu'il s'agit de rendre libre y compris contre elle-même. Ce cadre constitue pour Schmitt une forme de démocratie directe[4]. Non seulement le droit ne peut être que l'*instrument* ou le *moyen* de l'expression de la volonté générale, et non le principe d'une limitation de son exercice, mais, en outre, les organes de l'Etat ne sont que des *commissaires d'action* rigoureusement dépendants de la volonté générale, et non ses représentants. La volonté générale peut à tout instant révoquer ses ministres, son gouvernement et aller à l'encontre de ses propres lois ; de telle sorte que l'ensemble de l'activité étatique s'exerce en fin de compte sur un « mode commissarial »[5], transformant ainsi l'Etat dans sa totalité en une forme de dictature démocratique permanente :

> « Rien ne démontre autant l'absolutisme de l'Etat de Rousseau que cette transformation, qui domine toute sa pensée, de l'activité entière des organes en un fonctionnement commissarial auquel il peut être mis fin et qui est absolument dépendant. »[6]

---

[2] « Dans le *Contrat social*, une tension dramatique est créée avec un geste grandiose, et la réponse à une immense question, jusque-là toujours restée sans réponse, est promise : "*trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant*"*. » : Schmitt (1921), 2000, p. 120. *En français dans le texte.

[3] Schmitt (1921), 2000, p. 124.

[4] Rappelons cependant que, chez Rousseau, la souveraineté du peuple définit la république et non la démocratie. La république est le nom même du seul gouvernement légitime, fondé sur la souveraineté du peuple. La démocratie, en revanche, est une forme de gouvernement où celui qui fait les lois est également celui qui les exécute – une forme qui ne convient qu'à un « peuple de dieux ». Rousseau (1762), 1992, p. 97.

[5] Schmitt (1921), 2000, p. 130.

[6] Schmitt (1921), 2000, p. 132.

Cependant, Schmitt observe que « Rousseau n'appelle pas ce règne de la *vertu** une dictature »[7]. Le philosophe consacre pourtant un chapitre entier à la dictature, au sein duquel il distingue une définition inauthentique[8], qui ne consiste qu'en une simple concentration des pouvoirs, et une définition authentique, conçue comme une suspension générale des lois par la volonté souveraine lorsque le péril est tel que les lois deviennent un obstacle à la sauvegarde de l'Etat[9]. Or, cette dernière définition est inexplicable, d'après le juriste, si l'on s'en tient à la stricte argumentation du chapitre. Car comprendre « comment la *volonté générale** se suspend elle-même en cas d'exception est une véritable énigme, et savoir d'où vient l'autorisation, pour un organe exécutif de suspendre la loi n'est pas moins énigmatique »[10]. La notion de dictature exige donc de prendre en considération l'ensemble de la théorie de l'Etat de Rousseau, où la volonté générale est l'expression directe de la volonté du peuple. Et sous cet angle, bien loin qu'existe une différence entre l'exercice ordinaire de la souveraineté du peuple et son exercice dictatorial extraordinaire, c'est l'activité étatique *dans sa totalité* qui s'exerce sous un mode commissarial, soit sous la forme d'une dictature :

> « Le *Contrat social*, qui avait fait du droit du peuple à se gouverner directement son axiome fondamental, a ainsi servi à justifier une dictature, et a donné la formule du despotisme de la liberté. »[11]

C'est pourquoi, alors même que la démocratie directe a pour objectif de préserver la liberté des individus, elle doit au contraire conduire à transformer l'Etat en une forme absolutiste de l'Etat démocratique :

> « A l'aide de ce livre [*Du contrat social*] plein de contradictions, il est possible de démontrer de la manière la plus satisfaisante qui soit combien l'individualisme continental était parvenu à une situation critique, où est le point à partir duquel il bascule en absolutisme de l'Etat, et où son exigence de liberté s'inverse en Terreur. »[12]

---

[7] Schmitt (1921), 2000, p. 128.
[8] « Si pour y remédier [à la situation de grand danger] il suffit d'augmenter l'activité du gouvernement, on le concentre dans un ou deux de ses membres. Ainsi ce n'est pas l'autorité des lois qu'on altère, mais seulement la forme de leur administration. » : Rousseau, (1762), 1992, p. 153-154.
[9] Rousseau, (1762), 1992, p. 154.
[10] Schmitt (1921), 2000, p. 129.
[11] Schmitt (1921), 2000, p. 127. Nous soulignons. Schmitt cite un peu plus loin la célèbre phrase de Rousseau : « on le forcera d'être libre » (I, 7, §8).
[12] Schmitt (1921), 2000, p. 120.

Non sans accuser, au passage, l'individualisme et le rationalisme politiques d'être responsables de la Terreur, Schmitt fait ici de la démocratie directe une dictature populaire permanente sous la forme d'un *exercice commissarial de la souveraineté du peuple dont la volonté s'exprime dans les organes de l'Etat*[13]. Néanmoins, par définition même, nulle démocratie ne peut écarter définitivement la possibilité d'une intervention directe du peuple souverain[14]. C'est donc afin de distinguer radicalement l'exercice extraordinaire de la souveraineté du peuple de son exercice ordinaire que le juriste introduit la notion de dictature souveraine.

La notion de dictature souveraine se construit d'abord comme la forme proprement démocratique de la dictature. Par une telle notion, Schmitt reconnaît très certainement le principe de la légitimité démocratique, ainsi que l'observe Gopal Balakrishnan[15]. Mais cette fonction ne suffit pas à justifier la création d'une telle notion. Car, ainsi que le note encore Gopal Balakrishnan, ce « type d'autorité politique révolutionnaire est couramment appelé "convention constitutionnelle", "assemblée constituante" ou "pouvoir constituant" : pourquoi dès lors, lui donner le nom de "dictature souveraine" ? »[16]. Or, le pouvoir constituant ne peut être identifié à la dictature souveraine. Il s'articule au contraire avec la distinction posée par Sieyès, dans l'ouvrage *Qu'est-ce que le tiers-état ?*, du pouvoir constituant et du pouvoir constitué.

En effet, face aux pouvoirs issus de la Constitution, Sieyès admet l'existence d'un pouvoir non constitué qui est « par principe, illimité et (…) absolument tout-puissant parce que, loin d'être assujetti à la Constitution, c'est lui qui se la donne »[17]. La notion de pouvoir constituant récuse donc l'absorption de la volonté nationale par le pouvoir constitué. Le peuple souverain dispose *toujours* du pouvoir d'intervenir à n'importe quel moment de la

[13] « Mais la démocratie directe se voit exposée à la même objection que la monarchie absolue : le peuple, lui non plus, ne doit pas avoir de « *puissance immédiate* »* (XIX, chap. 27) ; les pouvoirs intermédiaires faisaient défaut jusques et y compris dans la démocratie directe des républiques de l'Antiquité. » : Schmitt (1921), 2000, p. 108.

[14] Schmitt ne distingue pas alors clairement l'intervention directe du peuple exprimant sa volonté hors des organes de l'Etat, ce qui est pourtant très généralement le cas dans une révolution, et l'intervention commissariale de la volonté souveraine de la république de Rousseau. Une distinction qui apparaît, en revanche, dans *Théologie politique*. Ce point sera approfondi plus loin.

[15] « En posant que le peuple souverain et le pouvoir législatif provisoire agissant en son nom étaient libres d'élaborer à leur gré une nouvelle Constitution, Schmitt adoptait une position étonnamment claire : il affirmait la légitimité de la république de Weimar, rejetant explicitement l'argument monarchiste d'après lequel le nouveau régime était illégal, car issu d'une procédure qui n'avait pas été légalement entérinée par l'ancienne Constitution. » Mais le juriste est radicalement opposé à l'identification du principe de légitimité à la stricte légalité. Ce qui explique probablement son acceptation mitigée du nouveau régime. Balakrishnan, 2006, p. 60.

[16] Balakrishnan, 2006, p. 61.

[17] Schmitt (1921), 2000, p. 145.

vie de l'Etat ; ce qui trouve son expression dans l'affirmation d'après laquelle la nation demeure dans l'état de nature :

> « La nation est dans l'état de nature de manière unilatérale, elle n'a que des droits et pas de devoirs, le *pouvoir constituant** n'est obligé envers rien ; inversement, les pouvoirs constitués n'ont que des devoirs et aucun droit. Une étrange conséquence de cela, c'est qu'une partie de la nation reste toujours dans l'état de nature et l'autre dans l'état de droit (ou, mieux encore, de devoir). »[18]

Néanmoins, si la nation reste dans l'état de nature, y compris après la proclamation d'une Constitution, on ne voit guère comment écarter le spectre d'un régime fondé sur une relation commissariale liant la volonté souveraine à ses représentants, conformément à la théorie de Rousseau. Mais Schmitt note que c'est à ce glissement vers une démocratie commissariale que la notion de pouvoir constituant vient résister, car ce dernier n'est pas seulement illimité et source ultime du droit, mais il est également *informe* chez Sieyès puisque, dès qu'il donne naissance à la Constitution, le pouvoir constituant cède la place au pouvoir constitué :

> « En vérité, la volonté [du peuple] ne peut être précise parce que, dès qu'elle s'est formée, d'une manière ou d'une autre, elle cesse d'être constituante pour être constituée. »[19]

Dès lors, si la volonté du peuple peut s'imposer à n'importe quel moment de la vie de l'Etat, elle doit toujours être *produite* par un organe institué :

> « [Sieyès] a également considéré les députés de l'Assemblée constituante de 1789 comme des représentants et, à la différence des titulaires d'un mandat impératif, loin d'être des messagers et de transmettre une volonté déjà instituée, ils doivent d'abord la former. »[20]

La distinction entre pouvoir constitué et pouvoir constituant permet donc d'abord au juriste de défendre le principe d'une médiatisation juridique de l'expression de la volonté populaire, aussi bien dans la production de la Constitution que dans l'activité législatrice ultérieure[21] : car la tentation démocratique de faire de l'ensemble des organes de l'Etat des

---

[18] Schmitt (1921), 2000, p. 148.
[19] Schmitt (1921), 2000, p. 148.
[20] Schmitt (1921), 2000, p. 148.
[21] « La théorie du pouvoir constituant est toujours inintelligible comme rationalisme purement mécaniste. » Schmitt, 1921, p. 147.

commissions d'action passe outre le fait que ce sont ces organes concrets qui créent le contenu de la volonté de l'Etat. C'est pourquoi toute démocratie directe n'est jamais qu'une absorption du pouvoir constituant par le pouvoir constitué – qui menace toujours dès lors de dégénérer dans un régime de Terreur.

Dans ce cadre, la fonction de la notion de dictature souveraine est double. D'une part, elle garantit la distinction de l'exercice ordinaire (pouvoir constitué) et de l'exercice extraordinaire de la souveraineté[22]. La dictature souveraine est effectivement la forme révolutionnaire de la dictature, qui permet l'instauration d'un nouvel ordre juridique. Elle réalise la « combinaison » des deux figures rousseauistes du législateur et du dictateur :

> « Dès qu'une combinaison est réalisée qui permet de conférer le pouvoir du dictateur au législateur, de fabriquer un législateur dictatorial et un dictateur constituant, la dictature de commissaire se transforme en dictature souveraine. »[23]

Mais, si la dictature souveraine relève du pouvoir constituant du peuple, elle est également une authentique forme de dictature, et doit donc, par suite, être rigoureusement transitoire et céder la place au pouvoir constitué :

> « C'est la raison pour laquelle ce pouvoir dictatorial est souverain, mais uniquement en tant que "transitoire", et cela étant donné sa relation de dépendance par rapport à la tâche à accomplir, c'est-à-dire en un sens tout à fait différent de celui du monarque absolu et de l'aristocratie souveraine. »[24]

L'articulation de la notion de dictature souveraine avec celles du pouvoir constituant et du pouvoir constitué écarte donc le spectre démocratique d'un exercice exclusivement commissarial de la souveraineté populaire.

Mais, d'autre part et par inversion, la notion de dictature souveraine met en lumière la confusion supposée dans laquelle se tiennent désormais les Etats parlementaires, qui ont cédé le pouvoir constituant à l'Assemblée, soit à un pouvoir constitué. Ce pouvoir constituant est incarné, pour Schmitt, dans l'article 76 de la Constitution qui cède à l'Assemblée le pouvoir d'un dictateur souverain qui « dicte, y compris à son commettant,

---

[22] « Mais, alors que la dictature de commissaire est autorisée par un organe constitué et a un titre dans la Constitution en vigueur, la dictature souveraine ne dérive que *quoad exercitium* et immédiatement du pouvoir constituant* informe. Elle est une authentique commission. » : Schmitt (1921), 2000, p. 150.

[23] Schmitt (1921), 2000, p. 133.

[24] Schmitt (1921), 2000, p. 151.

sans pour autant cesser de tirer sa légitimité de celui-ci »[25]. L'Etat législateur démocratique contiendrait donc une potentialité absolutiste que le droit a pour tâche d'endiguer, sauf à offrir aux forces révolutionnaires de nouveaux instruments leur permettant d'atteindre leurs objectifs. Et c'est évidemment dans cette perspective qu'il faut lire la critique schmittienne de l'Etat parlementaire libéral de Weimar, qui s'est rendu aveugle aux dangers qui pèsent sur lui.

En effet, ainsi que bien des auteurs l'ont souligné, *la Dictature* témoigne d'une crainte prononcée à l'égard de la montée du communisme, que la Révolution russe de 1917 rend particulièrement menaçante pour une grande partie des élites bourgeoises de l'époque. La notion même de dictature se réfère tout autant à la dictature du président (ou à l'institution dictatoriale romaine) qu'à la dictature prolétarienne. Et sous cet angle, le juriste met en garde contre un possible usage d'une *dictature de l'Assemblée*, en vue de renverser l'édifice constitutionnel, comme le confirme l'interprétation schmittienne des événements de 1848, qui exploite très explicitement *Le 18 Brumaire de Louis Bonaparte*, de K. Marx, à contre-courant des objectifs de ce dernier.

Pour Marx la république bourgeoise qui dure du 24 juin au 10 décembre 1848 est une forme de « dictature de la bourgeoisie », née des intérêts contradictoires de cette dernière, qui veut, d'un côté, protéger les principes de la liberté bourgeoise et, de l'autre, minimiser ses charges politiques pour pouvoir se dédier au développement de son activité économique. La République bourgeoise, qui se « résume à la rédaction d'une Constitution républicaine et à l'état de siège dans Paris »[26], s'est donc contentée de garantir la liberté et la sécurité bourgeoises au moyen de la violence légale tout en se déchargeant autant que possible d'une telle mission vers le militaire, sans pourtant lui céder le pouvoir[27]. Marx qualifie donc de dictature bourgeoise ce qui constitue à ses yeux un système de domination

---

[25] Schmitt (1921), 2000, p. 20.

[26] Marx (1852), 2007, p. 70. « Du 25 juin au 10 décembre 1848. Dictature des républicains purs bourgeois. Esquisse de constitution. Paris mis en état de siège. La dictature de la bourgeoisie est écartée, le 10 décembre, par l'élection de Bonaparte à la présidence. » : Marx (1852), 2007, p. 180.

[27] Ensuite, c'est parce que la bourgeoisie a peu à peu délaissé son activité politique en cédant à l'autorité militaire la gestion des pouvoirs publics pour se retrancher dans ses affaires privées que la République pourra être renversée par l'armée : « La caserne et le bivouac, que l'on mettait ainsi périodiquement à la tête de la société française pour lui presser la cervelle et s'assurer qu'elle se tienne tranquille, le sabre et le fusil, que l'on laissait périodiquement juger et administrer, exercer la tutelle et la censure, faire la police et servir de veilleurs de nuit, la moustache et l'uniforme militaire, que l'on claironnait périodiquement comme étant la sagesse suprême et le sauveur de la société – on se demande donc pourquoi la caserne et le bivouac, le sabre et le fusil, la moustache et l'uniforme n'en seraient-ils pas venus plus tôt à l'idée de sauver une fois pour toutes la société en proclamant la suprématie de leur propre régime et en débarrassant entièrement la société bourgeoise du souci de se gouverner elle-même. » : Marx, (1852), 2007, p. 77.

politique prenant appui sur la force militaire, destiné à préserver les intérêts économiques de la bourgeoise [28].

Schmitt s'empare très manifestement de ce raisonnement, bien qu'il substitue aux contradictions économiques de l'analyse marxiste des *contradictions politiques*, issues des stratégies ambiguës de la bourgeoisie. Pour le juriste, la bourgeoise a voulu à la fois lutter contre le prolétariat au moyen de la force armée et limiter le pouvoir de l'armée grâce à l'encadrement légal des pouvoirs exceptionnels, en particulier au moyen de la réglementation de l'état de siège[29]. Mais, ainsi que cela a été exposé dans la première partie, elle ne s'assure de ces objectifs qu'en disposant elle-même du pouvoir législatif qui lui permet de fonder légalement son exercice dictatorial du pouvoir pour atteindre ses fins politiques. C'est donc parce qu'elle use du pouvoir législatif comme source d'habilitations illimitées que la domination de l'Assemblée bourgeoise peut être conçue comme une forme de dictature. Et, parce qu'elle dispose du pouvoir constituant, qu'elle rend possible une dictature révolutionnaire. En amont de la dictature prolétarienne, Schmitt vise donc bien d'abord la toute-puissance de l'Assemblée qui dispose d'un pouvoir constituant susceptible de servir des fins révolutionnaires[30]. Car l'édifice parlementaire bourgeois ne peut tenir, souligne Schmitt, qu'aussi longtemps qu'il n'existe pas « de groupements sociaux pouvant sérieusement menacer l'homogénéité de l'Etat »[31]. Le système de Weimar est donc aveugle au fait que l'intégration du prolétariat dans le système parlementaire pourrait faire basculer l'Etat, cédant ainsi aux forces révolutionnaires les moyens extraordinaires dont la bourgeoisie européenne aura elle-même usé contre le prolétariat au XIXe siècle. La véritable crainte de Schmitt ne réside donc pas tant dans la théorie léniniste de la dictature, qui repose sur l'usage de la violence, que dans la théorie réformatrice de Kautsky, qui fait de la méthode démocratique le sens authentique de la dictature prolétarienne. Ce qui nous conduit au second point de cette analyse, et qui concerne la nature propre de la dictature prolétarienne.

L'avant-propos de *la Dictature* marque un intérêt prononcé pour le conflit qui scinde à l'époque la théorie marxiste autour de la définition de la dictature prolétarienne.

---

[28] Sous cet angle, les dispositions légales portant sur les pouvoirs exceptionnels peuvent être interprétées comme le symptôme de telles contradictions, puisque la loi sur l'état de siège par exemple vise à la fois à garantir un cadre légal ainsi que la domination du pouvoir civil sur l'autorité militaire, et à la fois à décharger le pouvoir civil de la répression des émeutes liées à sa domination politique.

[29] Schmitt (1921), 2000, p. 196-197.

[30] C'est pourquoi la thèse de G. Balakrishnan d'après lequel la notion de dictature souveraine vise à s'attaquer aux « spectres les plus radicaux de la souveraineté populaire » nous semble très généreuse à l'égard de telles attaques antiparlementaires. Balakrishnan (2000), 2006, p. 67.

[31] Schmitt (1921), 2000, p. 203.

En 1918, le marxiste allemand Kautsky, qui participe l'année précédente à la fondation de l'USPD, publie à Vienne sa brochure intitulée *la Dictature du prolétariat*, au sein de laquelle il défend une définition démocratique de la dictature contraire à la définition autoritaire des dirigeants russes. Selon Kautksy, il existe effectivement deux définitions de la dictature. Littéralement, elle est d'abord la « suppression de la démocratie », mais « pris à la lettre, ce mot signifie également le pouvoir personnel d'un seul individu, qui n'est lié par aucune loi [et] (…) qui diffère du despotisme en ce qu'il n'est pas compris comme une institution d'Etat permanente, mais comme une mesure extrême de transition »[32]. Par essence, la dictature prolétarienne ne peut signifier la suppression de la démocratie ; mais, en outre, étant une dictature de classe, elle ne peut signifier non plus le rapport de domination violent que la dictature bolchevique tend à réintroduire à l'intérieur de la classe ouvrière. Par suite, elle est seulement « l'état de chose, qui doit nécessairement se produire partout où le prolétariat a conquis le pouvoir politique » : la méthode démocratique – légale donc – consiste en une authentique dictature prolétarienne.

Dans son ouvrage *la Révolution prolétarienne et le renégat Kautsky*[33], Lénine s'attaque de manière virulente à cette définition libérale de la dictature, qui, par son opposition de la démocratie et de la dictature, masque la distinction fondamentale de la démocratie de classe et de la véritable démocratie populaire[34]. L'opposition de la démocratie et de la dictature doit donc céder la place à celle de la dictature du prolétariat et de la dictature bourgeoise, où la seconde est une forme de gouvernement transitoire en régime capitaliste tandis que la première est l'exercice de la violence au moyen de l'Etat contre la machine d'Etat bourgeoise – dictature prolétarienne *et* dictature bourgeoise étant par définition l'exercice *transitoire*[35] d'un « pouvoir qui s'appuie directement sur la violence et n'est lié par aucune loi »[36].

En se référant directement à ce conflit théorique dans son avant-propos, Schmitt prend nettement parti en faveur des positions de Lénine et de Trotsky, pour lesquels c'est la nature transitoire de la dictature qui permet de la définir, et nullement, comme le veut la définition libérale, les moyens qu'elle utilise[37] :

---

[32] Cité dans Lénine (1918), 1971, p. 13.
[33] *Cf.* également Trotsky, 1920, p. 19 et ss.
[34] Lénine (1918), 1971, p. 14.
[35] Schmitt (1921), 2000, Avant-Propos, p. 18.
[36] Schmitt (1921), 2000, p. 16.
[37] Schmitt (1921), 2000, p. 13.

> « Or, cet Etat prolétarien n'a pas pour vocation d'être quelque chose de définitif, mais c'est une transition. Ainsi, l'élément essentiel, qui était passé au second plan dans la littérature bourgeoise, retrouve [dans la littérature marxiste] toute son importance. »[38]

Ce qui ne signifie pas cependant que Schmitt s'accorde à considérer que la dictature prolétarienne constitue un authentique cas de dictature souveraine. Car, au sein de la théorie marxiste, c'est l'Etat dans sa totalité qui se voit qualifié de dictature transitoire liée par la réalisation d'un nouvel ordre politique :

> « L'Etat communiste dans sa totalité s'appelle dictature parce qu'il a pour sens d'être l'instrument d'une transition vers une situation juste dont il est la condition de réalisation. »[39]

Or, un tel Etat dictatorial ne peut être admis comme un instrument juridique lié par une finalité objective définie. Certes, le pouvoir s'y exerce de manière immédiate et, qui plus est, sous la forme du commandement que l'on doit exécuter sans discussion, ce qui l'apparente bien à la notion de commission d'action ; mais un tel pouvoir ne peut cependant pas être considéré comme un cas de dictature souveraine, car il lui manque l'idée d'une fin juridique, d'un ordre normatif à réaliser. Sa justification réside dans un objectif historique qui en fait une catégorie de la philosophie de l'histoire, plutôt qu'une catégorie juridique[40]. C'est pourquoi, de la même manière que le pouvoir souverain absolu de Cromwell n'est une « dictature » qu'au sens politique du terme[41], la dictature du prolétariat ne constitue pas une dictature souveraine à proprement parler, mais bien un cas d'absolutisme démocratique. Si la dictature du prolétariat « présuppose » donc bien le concept de dictature souveraine, elle ne s'identifie pas avec celle-ci, mais constitue une forme de dictature révolutionnaire permanente qui conduit à une instrumentalisation continue du droit et de l'Etat au profit du maintien d'un rapport de domination du prolétariat sur la bourgeoisie[42].

---

[38] Schmitt (1921), 2000, pp. 15 et 16.
[39] Schmitt (1921), 2000, p. 17.
[40] Schmitt (1921), 2000, p. 17.
[41] Au sens politique, en effet, la dictature désigne seulement l'« exercice immédiat du pouvoir d'Etat, c'est-à-dire non médiatisé par des instances intermédiaires indépendantes. » : Schmitt (1921), 2000, p. 139.
[42] Nous partageons donc les vues de G. Balakrishnan lorsqu'il affirme que la dictature du prolétariat « est un hybride de « souveraineté populaire » et de « dictature du prolétariat ». Elle n'est donc pas un simple « cas de la dictature souveraine », ainsi que le souligne, pour sa part, Schwab. Balakrishnan (2000), 2006, p. 61.

L'objectif de Schmitt est donc double. D'une part, il s'agit de dénoncer le danger d'une utilisation des dispositifs constitutionnels par les partis révolutionnaires, en particulier les communistes, en vue de renverser l'Etat constitutionnel libéral. Cette mise en garde s'articule avec la critique déjà examinée de l'Etat parlementaire, qui, tout en cherchant à encadrer l'ensemble de l'activité étatique au moyen du droit, assure néanmoins une véritable domination de l'Assemblée, laquelle détient le pouvoir constituant de manière permanente ainsi qu'un pouvoir commissarial relativement illimité au moyen des lois d'habilitation – conjonction qui se voit masquée par le développement du cadre formel de l'Etat de droit. Mais, d'autre part, le juriste développe une première définition de la démocratie, sous la forme d'une critique de la démocratie directe, issue de la théorie rousseauiste de la république. Or, cette première définition possède deux éléments caractéristiques : d'une part, elle prétend à un exercice immédiat de la puissance illimitée du peuple, qu'il s'agit inversement de soumettre à un cadre juridique dont l'objectif n'est pas d'abord d'être représentatif, mais bien médiatisant. D'autre part, et ainsi que nous l'avons noté plus haut, la démocratie directe est conçue par le juriste sous une forme strictement commissariale, qui suppose que l'Etat est l'organe de la mise en œuvre de la volonté souveraine[43]. Schmitt ne distingue pas l'intervention *directe* du peuple *hors des organes de l'Etat*, par exemple dans le cas d'une révolution, de la mise en œuvre commissariale de la volonté souveraine dans le cadre étatique. Or, il nous semble que c'est la possibilité d'une forme anarchique de démocratie opposée à toute médiatisation étatique et qui doit conduire à ruiner définitivement l'unité politique qui s'esquisse à partir de *Théologie politique*, et dont Schmitt veut absolument écarter le spectre au moyen d'une théorie articulée de la souveraineté et de l'état d'exception.

Nous allons donc voir dans un premier moment comment le juriste fait d'abord de l'impuissance des théories rationalistes libérales face à la question de la réalisation de l'*unité* de l'ordre juridique le premier versant d'une démonstration qui lui permet d'affirmer ensuite que seule une authentique conception de la souveraineté permet de résoudre cette question. Nous verrons dans un second moment que la critique du rationalisme libéral menée par le juriste est subordonnée à sa crainte d'une dissolution anarchique de l'unité politique.

[43] Sur ce point, on peut voir la très belle introduction de Bruno Bernardi, in Bernardi, 1999, pp. 34 et ss.

II. L'aveuglement de la critique rationaliste de la souveraineté et la menace d'une dissolution de l'unité étatique

A. De l'indétermination du droit au problème de la réalisation de l'unité du droit

La question de la réalisation du droit constitue le cœur des attaques menées par Schmitt contre le rationalisme libéral, et plus spécifiquement contre le normativisme. Et elle permet de comprendre l'importance de la situation de crise au sein de sa théorie. Elle procède d'abord du rejet de la thèse positiviste d'après laquelle toute décision juridique est issue de la déduction logique d'une norme, thèse qui ne parvient à fonder l'autonomie du droit qu'au prix de l'exclusion de la question de sa réalisation hors des questions juridiques.

Dans son essai *Gesetz und Urteil* (1912), « Loi et jugement », Schmitt avait déjà voulu montrer les limites de la doctrine dominante pour laquelle la décision judiciaire est une opération logique de subsomption du cas particulier sous la norme générale, en soulignant l'existence d'un moment d'indétermination au sein de tout jugement judiciaire et en accordant par suite une place centrale au problème de la décision concrète du juge.

En effet, il existe dans tout jugement judiciaire un moment d'indétermination qui laisse au juge une marge de décision, et qui excède par suite l'opération logique de subsomption. Aucun juriste ne remettrait d'ailleurs cet élément d'indétermination en question en tant que tel[44]. Mais, pour Schmitt, ce moment d'indétermination constitue le cœur du droit, car la décision manifeste alors son indifférence à l'égard du contenu de la norme[45]. Ainsi que le souligne Schmitt dans *Théologie politique*, qui prolonge sur ce point l'analyse de 1912 :

> « A supposer que ce soit l'autorité compétente qui ait pris une décision, voilà qui rend la décision relativement, voire absolument indépendante de la justesse de son contenu et met fin aux débats ultérieurs sur les doutes qui pourraient encore subsister. Dans l'instant, la décision se détache des arguments qui la fondent et prend une valeur autonome. »[46]

[44] Beaud, 1993a, p. 28.
[45] « Considérée d'un point de vue normatif, la décision est née d'un néant. » : Schmitt (1922), 1988, p. 42.
[46] Schmitt (1922), 1988, p. 42.

Nulle décision juridique ne peut donc être intégralement déduite du contenu de la norme. De telle sorte que c'est la décision prise par l'autorité compétente qui détermine ce contenu en appliquant le droit, manifestant ainsi l'indépendance de la décision à l'égard de la règle normative, soit l'*élément* arbitraire du droit. Une affirmation qui ne signifie pas, en 1912, que toute décision juridique soit radicalement arbitraire, mais plutôt que la décision *transforme* le contenu normatif en le rendant effectif[47]. Et, parce que le droit ne s'applique jamais lui-même, le juriste étend ensuite l'analyse portant sur le jugement judiciaire à l'*ensemble des décisions juridiques* : tout acte juridique, de la simple décision judiciaire jusqu'à l'acte de création de la loi[48], contient un moment d'indétermination ou un élément d'indifférence au contenu que la décision arbitraire prise par des sujets concrets vient trancher en la rendant effective[49]. L'essentiel résidant dans le fait que, dès 1912, la notion de décision juridique soit déployée en vue de saisir le passage du droit ou de la norme à son effectivité. Ainsi que le souligne Olivier Beaud :

> « La notion [schmittienne] de "pratique juridique" est en fait un détour pour traiter en juriste de questions de droit métapositif et pour surmonter l'opposition kelsénienne du *Sein* et du *Sollen*, entre droit et science du droit. Elle préfigure – on le verra – la notion cardinale de "réalisation du droit". »[50]

Sans doute, l'optique de Schmitt avant la guerre est-elle encore largement orientée par ses thèses *jusnaturalistes*, qui conduisent sa réflexion vers la question du jugement juste. Car il s'agit alors de fonder est la justesse du jugement, dont le contenu ne peut être intégralement déduit de la norme supérieure. Néanmoins, l'impossibilité de déduire matériellement la validité du jugement engage déjà une réflexion sur la nécessité d'une instance concrète de médiatisation du droit, qui transforme ce dernier en le rendant effectif. Une réflexion que prolonge *la Valeur de l'Etat et la Signification de l'individu* (1914).

---

[47] O. Beaud souligne nettement que l'originalité de la thèse développée par Schmitt en 1912 réside « dans le diagnostic, assez augustinisant, de la transformation ou même de la *dénaturation* du droit suprapositif lorsque celui-ci tend à devenir du droit positif-étatique ». Beaud, 1993a, p. 33.

[48] « Même quand on exigeait que toute décision fût "conforme aux sources", il n'était pourtant pas permis de poser comme identique la méthode de la pratique et celle de la doctrine, car, sous une loi, est subsumable seulement le fait juridiquement qualifiable, jamais la décision. » : *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis,* Berlin, Liebmann, 1912, rééd. Münich, Beck, 1972 (cité d'après la première édition), p. 63. Cité dans Beaud, 1993a, p. 30.

[49] Selon O. Beaud, on trouve les sources de ce décisionnisme schmittien à la fois chez Savigny, chez lequel Schmitt puise l'idée d'une indétermination principielle des règles de droit, et chez Hegel, qui développe l'idée de « déterminité », qui suppose la nécessité d'une détermination du droit par une décision dans le passage de l'universel au particulier. Beaud, 1993a, préface, pp. 28 et 29.

[50] Beaud, 1993a, pp. 30 et 31.

L'ouvrage de 1914 défend la thèse d'après laquelle l'Etat assure la médiatisation d'un droit supra-empirique avec le monde réel, engendrant par suite une certaine transformation de ce droit idéal en un droit positif. Il s'agit alors encore très certainement, dans le prolongement de l'ouvrage de 1912, de garantir la justesse normative du droit positif. Néanmoins, Schmitt cherche de manière beaucoup plus générale qu'en 1912 à penser le passage du *Sein* au *Sollen* en s'efforçant de maintenir l'autonomie du droit à l'égard de la pluralité des intérêts existant effectivement. La question de la réalisation du droit acquiert alors son sens définitif, puisqu'il s'agit désormais de savoir comment le droit, conçu comme unité ou comme totalité, peut accéder à l'effectivité. Certes, Schmitt admet encore l'autonomie de la norme à l'égard du pouvoir conformément à la distinction normativiste du *Sein* et du *Sollen*. Néanmoins, la thèse d'après laquelle l'effectivité du droit exige une instance concrète de médiatisation se développe pleinement[51]. En outre, Schmitt y souligne déjà l'importance de l'unité de la puissance médiatrice, car « le fossé infranchissable entre la norme pure et son exécution ne peut pas être comblé par de très nombreux intermédiaires »[52], lesquels mettraient en danger l'unité de l'ordre juridique positif, ainsi que sa justesse normative. Il est donc très certainement possible de voir dans ses deux ouvrages l'esquisse des thèses développées après la guerre sur la question du processus de réalisation du droit conçu comme totalité.

Néanmoins, dès *la Dictature*, l'optique du juriste se modifie. Et ce non pas seulement en raison de l'abandon par le juriste de toute perspective *jusnaturaliste,* mais également, ainsi que nous l'avions vu concernant l'ouvrage de 1921, parce que la question des conditions concrètes de l'application régulière du droit devient centrale. Une question qui n'ignore rien du contexte de rédaction dans lequel les deux ouvrages du début des années 20 sont produits, à l'heure où, suite à l'avènement de la République de Weimar, le problème de la création ainsi que du maintien d'un nouvel ordre juridique devient prégnant.

En effet, la situation d'exception exacerbe d'abord le problème de l'indétermination du droit. Car, ce que manifeste la situation de crise, c'est l'impossibilité de déduire la décision de l'exception de la norme supposée la définir. Et ce parce la situation exceptionnelle ne peut, par essence, faire l'objet d'une rigoureuse description au sein d'une réglementation

---

[51] « La norme se situe au-delà du mécanisme des moyens et des fins. Toutefois, le domaine empirique peut constituer un moyen mis au service du droit, au sens d'un media, tant qu'au sein du monde un état doit être réalisé, qui peut être conforme au droit et au moyen d'un pouvoir, considéré lui-même comme conforme au droit. » : Schmitt (1914), 2003, p. 87.

[52] Schmitt (1914), 2003, p. 122.

juridique. Elle exige donc toujours une décision arbitraire relativement au contenu de la norme :

> « Il est impossible d'établir avec une clarté intégrale les moments où l'on se trouve devant un cas de nécessité (*Notfall*), ni de prédire, dans son contenu, ce à quoi il faut s'attendre dans ce cas, si véritablement il s'agit du cas de nécessité extrême et de son élimination. »[53]

Mais, encore une fois, qu'une situation de crise très grave puisse potentiellement échapper à toute description rigoureuse normative est globalement accepté par l'ensemble des juristes. Ce qui pose problème, en revanche, c'est la *nature de la décision*.

En admettant d'abord l'existence de législations portant sur le cas d'exception, il est possible d'admettre que la décision du cas de nécessité ne soit pas intégralement déductible de la norme sous-jacente, du strict point de vue de son contenu. Et certains juristes admettent bien que l'on ne peut pas déduire la décision portant sur la situation d'exception des législations d'exception, au sens où nulle règle matérielle ne peut délimiter par avance ce en quoi consistera la situation exceptionnelle. Mais la question est alors de savoir si une telle décision est bien encore de nature juridique. Ainsi, Mohl défend-t-il l'idée que la décision de l'état d'urgence elle-même n'est pas une décision au sens juridique du terme :

> « Quand Mohl dit : la preuve que nous sommes devant un état d'urgence (*Notstand*) ne saurait être une preuve juridique, il part du présupposé qu'une décision au sens juridique doit être déduite intégralement du contenu d'une norme. »[54]

Mais cette thèse elle-même doit être relativisée. Car, en dépit de la marge laissée à l'interprétation de l'autorité habilitée à prendre une telle décision, sa valeur juridique repose toujours sur l'habilitation qui la fonde. De telle sorte que, s'il est possible d'admettre qu'une décision juridique ne soit pas entièrement déductible d'une norme supérieure d'un point de vue matériel, au moins le reste-t-elle d'un point de vue formel. Ainsi en est-il pour Kelsen, pour qui seule une décision issue d'une habilitation légale peut prétendre à la qualification de décision juridique. Dans ce cadre, il est sans doute de la nature propre des législations d'exception de laisser une marge d'interprétation plus large que toute autre réglementation, mais cela n'exclut pas néanmoins la possibilité d'une déduction logique d'un point de vue formel.

---

[53] Schmitt (1922), 1988, p. 17.
[54] Schmitt (1922), 1988, p. 16.

En outre, même si l'on admet que des nécessités puissent parfois conduire une autorité politique à prendre une décision hors de toute habilitation légale, on ne voit guère ce qui pourrait fonder le caractère juridique d'une telle décision, comme nous l'avions vu avec Carré de Malberg, pour lequel la décision de recourir à des mesures extralégales en situation de crise relève d'une décision politique, et non juridique. Il faudrait alors faire le constat des limites du droit public, selon la formule désormais célèbre de G. Anschütz lors du conflit autour du vote du budget dans les années 1860 : « Ici s'arrête le droit public. »[55] Mais c'est précisément cette limite, ou cette frontière qui sépare le politique du juridique, que Schmitt conteste. Et non pas seulement pour des motifs réalistes ou pragmatiques, qui n'excluent pas une intervention hors de la légalité en situation de crise, mais beaucoup plus profondément parce l'état d'exception, dans sa radicalité, révèle l'impuissance du droit comme totalité à établir les conditions de sa propre effectivité.

En effet, l'état d'exception ne désigne pas, pour Schmitt, la situation juridique définie par l'application de normes juridiques, mais celle qui est issue de la suspension de l'ordre juridique *dans sa totalité* :

> « Car tout pouvoir exceptionnel, toute mesure policière pour l'état d'urgence ou toute urgence proclamée ne sont pas de soi des situations exceptionnelles. A cette dernière correspond une compétence par principe illimitée, autrement dit la suspension de l'ordre établi dans sa totalité. »[56]

Schmitt exclut de donc comprendre l'état d'exception comme la simple mise en œuvre d'un autre régime juridique – d'un régime d'exception – durant une situation de crise juridiquement qualifiée[57]. Une thèse qui relève de la *théorie du droit*, et non de l'analyse historique, comme pourraient le faire penser certaines affirmations du juriste. Certes, Schmitt récuse la thèse d'après laquelle toute situation pourrait être résolue par

---

[55] Schmitt (1922), 1988, p. 14. Ainsi, pour Anschütz : « " Une seule chose est sûre : la Constitution ne veut pas et ne peut pas vouloir qu'une éventuelle absence de budget paralyse la vie de l'Etat" ; mais s'il n'y a pas d'accord budgétaire entre les organes suprêmes de l'Etat, "il s'agit non pas tant d'une lacune dans la loi (c'est-à-dire du texte constitutionnel) que d'une lacune dans le droit qui ne peut être comblée par aucune opération conceptuelle de la science juridique. Le droit public s'arrête ici ; savoir comment procéder lorsqu'il n'y a pas de loi budgétaire n'est pas une question juridique". » : Schmitt (1928), 1993, p. 478. *Cf.* Pasquino, 1993a, p. 707 et Dyzenhaus, 1997b, p. 43.

[56] Schmitt (1922), 1988, p. 22.

[57] C'est pourquoi il ne nous semble pas, comme le soutient P. Caldwell, que Schmitt fournisse dans *Théologie politique* une autre interprétation de l'article 48, qui serait parallèle à celle défendue en 1924, et qui consisterait en une véritable dictature de commissaire. Schmitt distingue clairement l'article 48 de l'état d'exception, dont il subvertit certes l'interprétation classique, mais qui demeure à ses yeux une *législation* d'exception. *Cf.* Caldwell, 1997, p. 109 : « In *Political Theology*, the content of Article 48, paragraph 2, was said to correspond to the notion of the commissarial dictatorship in monarchical regime that the legal "form" denied. »

l'application du droit – ce que toute l'histoire tend d'ailleurs à invalider, comme *la Dictature* l'établissait déjà :

> « Mais la possibilité ou non d'éliminer effectivement du monde le cas d'exception extrême n'est pas un problème juridique. La confiance ou l'espoir qu'on puisse réellement le supprimer dépendent de convictions qui relèvent notamment de la philosophie de l'histoire ou de la métaphysique. »[58]

Mais, par cette affirmation, Schmitt ne soutient pas qu'il soit impossible d'écarter l'exception des questions juridiques au nom d'une vision « réaliste » des faits. Elle souligne bien plutôt l'assise métaphysique de *toute* théorie juridique, et plus particulièrement ici des théories rationalistes du droit, ainsi que nous y reviendrons par la suite. Il ne s'agit donc pas du simple constat factuel de l'existence de cas de nécessité. Et, de fait, la définition schmittienne de l'état d'exception ne peut pas, elle-même, être comprise comme le fruit d'un constat empirique. Elle repose, au contraire, sur une prémisse que nulle situation de crise ne peut établir, parce qu'elle excède l'empiricité, car il est évidemment contestable qu'il existe des situations de suspension totale du droit.
Ainsi, s'opposant à la fois à la théorie de Schmitt et à celle d'Agamben, Michel Troper récuse l'existence factuelle de telles situations :

> « Il est d'abord empiriquement faux que, dans l'état d'exception, il y aurait une suspension du droit tout entier ; la suspension n'est jamais que partielle. »[59]

D'un point de vue rigoureusement factuel, aucune situation de crise, aucune révolution même, n'a engendré la suspension totale du droit – ne serait-ce que parce que le droit de succession continue à s'appliquer pendant la crise. Pour Michel Troper, parce que l'état d'exception doit toujours faire l'objet d'une définition juridique, il ne peut consister en « une suspension du droit, mais (…) il est toujours défini et qualifié par le droit, [et] il constitue toujours la mise en œuvre d'un régime juridique que l'on substitue à un autre conformément à une norme juridique supérieure »[60]. De même, pour un positiviste classique qui s'en tient au constat des réglementations effectivement en vigueur, on ne voit guère en quoi pourrait consister une telle définition radicalisée de l'exception, sauf à

[58] Schmitt (1922), 1988, p. 17.
[59] Troper, 2007b, p. 170.
[60] Troper, 2007b, p. 171.

signifier un pur et simple coup d'Etat. La définition de Schmitt engage donc beaucoup plus massivement une thèse portant sur la *nature propre du droit*, qui s'articule autour de deux affirmations portant sur *l'unité du droit* et sur son *impuissance* structurelle.

En effet, ce que Schmitt défend avec sa propre définition de l'état d'exception, c'est d'abord le principe même de l'unité du droit. Car la thèse d'après laquelle l'état d'exception est une situation de suspension *totale* du droit suppose que l'on ne puisse comprendre celui-ci comme l'ensemble des lois positives édictées par l'Etat, ainsi que le propose le positivisme juridique, et ce car nulle situation de crise ne permettrait de suspendre la *totalité* des réglementations normatives. Si la totalité du droit peut donc faire l'objet d'une suspension, ce ne peut être comme totalité des réglementations juridiques positives, mais bien comme « totalité unitaire », selon la définition que le juriste accordera à la notion absolue de la Constitution en 1928, par opposition à la notion relative de Constitution, où la Constitution n'est que la somme des lois constitutionnelles positives[61]. Et c'est parce que le droit constitue une unité qu'il engage nécessairement une réflexion portant sur la *réalisation du droit*, en d'autres termes sur les conditions de l'effectivité du droit *comme totalité*. Ce qui permet de saisir le second élément caractéristique de la théorie du droit de Schmitt, que la notion d'état d'exception présuppose dans sa définition même : l'affirmation de l'impuissance propre du droit – et, par suite, de son impossible autonomie à l'égard du champ politique.

Dans *la Dictature*, Schmitt soulignait la nécessité qu'un ordre concret existe déjà pour que le droit comme totalité puisse se réaliser. La situation révolutionnaire, dans sa radicalité, manifestait très certainement ce point, puisqu'une nouvelle Constitution ne peut prétendre s'établir qu'à la condition qu'existe déjà un minimum d'ordre public, lequel suppose que les individus soient globalement disposés à l'obéissance. En 1922, le juriste déplace légèrement l'angle de son analyse, en donnant une portée beaucoup plus large aux affirmations de 1921. Certes, le juriste maintient la thèse d'après laquelle, en l'absence d'un ordre concret, nulle réglementation positive ne peut s'appliquer normalement :

> « Toute norme générale exige une organisation normale des conditions de vie, où elle pourra s'appliquer conformément aux réalités existantes et qu'elle soumet à sa réglementation normative. Il n'existe pas de norme que l'on puisse appliquer à un chaos. Il faut que l'ordre soit établi pour que l'ordre juridique ait un sens. »[62]

---

[61] Schmitt (1928), 1993, p. 131.
[62] Schmitt (1922), 1988, p. 23.

Mais la question du sens du droit témoigne du déplacement de perspective du juriste, puisqu'il ne s'agit plus seulement de savoir si l'ordre public effectif permet l'application du droit, mais plus profondément de montrer l'assise idéelle qui fonde la détermination même de ce en quoi consiste l'ordre public. Un angle d'approche qui prolonge la réflexion engagée par le juriste en 1912.

En effet, l'existence d'un élément d'indétermination au cœur du droit engage nécessairement la question de savoir ce qui limite l'extension du champ des décisions possibles du juge, ainsi que, de manière plus générale, de toute décision juridique. Dans *Gesetz und Urteil*, dont l'optique est encore *jusnaturaliste* et où la question de la justesse du jugement préside à l'analyse, Schmitt limite l'extension du champ des décisions possibles du juge par l'introduction du motif du jugement, lequel devait avoir pour objectif de « créer une décision générale pour le cas concret »[63] :

> « Une décision judiciaire est aujourd'hui juste quand on doit admettre qu'un autre juge aurait décidé de la même façon. Un "autre juge" signifie le type empirique du juriste-savant moderne. »[64]

L'homogénéité des décisions judiciaires provient en premier lieu de l'assise *jusnaturaliste* du droit positif. Mais, en dépit de son caractère idéaliste, cette thèse induit un certain réalisme sociologique, car seul « l'idéal corporatiste » de la concordance des décisions juridiques semble permettre de garantir la relative homogénéité des décisions judiciaires, en limitant par suite l'étendue du champ décisionnel[65].

L'abandon de la perspective *jusnaturaliste* va amplifier la question. Car l'autonomie relative de la décision juridique à l'égard de son fondement normatif, liée au pluralisme factuel des instances de création ou d'application du droit – décisions concrètes du législateur, de l'exécutif, des juges – doit nécessairement menacer, dans une perspective schmittienne, le processus de réalisation du droit de dispersion. Il doit donc menacer l'unité *effective* de l'ordre juridique. En effet, ce qui caractérise la situation de crise, pour Schmitt, ce n'est pas seulement le fait du désordre public, mais c'est d'abord l'existence d'un conflit portant sur l'interprétation de ce en quoi consiste l'ordre public ou l'intérêt de l'Etat, sur laquelle repose l'application même du droit – en particulier des législations de

---

[63] *Gesetz und Urteil*, p. 108. Cité dans Beaud, 1993a, p. 31.
[64] *Gesetz und Urteil*, p. 13. Cité dans Beaud, 1993a, p. 31.
[65] Beaud, 1993a, p. 31.

crise[66]. L'ordre préalable nécessaire à la réalisation du droit n'est donc pas une donnée factuelle, mais il correspond toujours à une certaine *conception* de l'ordre, qui fonde le processus de réalisation du droit. Et cette conception de l'ordre ne peut être issue, pour Schmitt, de la norme elle-même, puisqu'elle préside au contraire à sa réalisation. La notion de réalisation du droit suppose donc l'existence d'une assise sociologique du droit, qui lui donne à la fois son sens et son contenu réel.

Mais, en outre, Schmitt s'oppose à l'idée qu'une telle assise sociologique puisse être diversifiée, c'est-à-dire qu'il existe de fait une pluralité des conceptions de l'ordre qui président au processus de réalisation du droit, en fonction des différents intérêts qui traversent la société. Au contraire, ce que manifeste la situation de crise, pour le juriste, c'est bien la nécessité d'une adhésion à la même conception générale de « l'intérêt public et celui de l'Etat, la sûreté et l'ordre publics, le salut public, etc. »[67], sur laquelle repose la relative uniformité de l'interprétation du droit et, par suite, le maintien de l'unité effective du droit et de l'Etat. En l'absence d'une telle homogénéité, ou en cas de conflit portant sur ce en quoi consiste cet intérêt, la production et l'application régulière des réglementations positives seraient compromises, à la fois en raison du risque de production de réglementations contradictoires, incapables de dégager un véritable intérêt public, et à la fois parce que la contestation de l'application du droit positif fragilise nécessairement sa domination et sa capacité à maintenir l'ordre public. C'est pourquoi c'est le *monopole de la décision* portant sur ce en quoi consiste l'*ordre* qui fonde en dernière instance l'unité effective de l'ordre juridique :

> « Car tout ordre (*Ordnung*) repose sur une décision, et même le concept d'ordre juridique qu'on emploie sans réflexion comme une chose allant de soi renferme l'opposition des deux composantes du juridique. Même l'ordre juridique repose, à l'instar de tout ordre, sur une décision et non sur une norme. »[68]

Cette thèse signifie d'abord que la réalisation effective du droit suppose toujours préalablement qu'une décision politique ait été prise et elle affirme donc l'antériorité et la

[66] « Dans la réalité concrète, l'ordre et la sûreté publics présentent les visages les plus divers, selon qu'une bureaucratie militaire, une administration autonome dirigée par l'esprit mercantile ou une organisation de parti radicale décide à quel moment cette sûreté et cet ordre publics existent et quand ils sont menacés ou troublés. » : Schmitt (1922), 1988, p. 20.
[67] Schmitt (1922), 1988, p. 16.
[68] Schmitt (1922), 1988, p. 20.

supériorité du politique sur le juridique. Mais ensuite, un *monopole* de la décision est nécessaire pour établir l'unité effective du droit :

> « Là réside l'essence de la souveraineté de l'Etat, et juridiquement la juste définition à en donner n'est pas celle d'un monopole de la coercition ou de la domination, mais d'un monopole de la décision. »[69]

Pour Schmitt, l'*unité* effective du droit suppose nécessairement l'existence d'un souverain détenant le monopole de la décision en situation d'exception, c'est-à-dire capable de décider de ce en quoi consistent l'ordre public et l'intérêt de l'Etat en cas de crise. Certes, Schmitt admet qu'en l'absence de conflit portant sur ces valeurs, l'unité effective de l'ordre juridique n'est pas mise en danger, et le droit semble s'appliquer « tout seul ». En d'autres termes, en situation ordinaire, l'homogénéité relative des conceptions portant sur ce en quoi consiste l'ordre public suffit à garantir le processus de réalisation du droit. Mais c'est justement la situation de crise qui manifeste la nécessité d'un monopole décisionnel. Ce qui explique que la notion de souveraineté ne puisse être véritablement définie que par le cas d'exception :

> « Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle. Seule cette définition peut satisfaire à la notion de souveraineté en tant que notion limite. (…) De là vient que sa définition ne saurait se rattacher au cas normal : elle se rattache au cas limite. »[70]

Ainsi, la question porte bien sur l'homogénéité nécessaire pour rendre possible la réalisation du droit, et la situation de crise manifeste les conditions sociologiques qui président au processus de réalisation du droit. L'objectif du juriste s'est donc modifié, mais il s'est surtout radicalisé au regard de ses ouvrages d'avant-guerre. Car l'état d'exception et la décision qui l'accompagne ne visent pas seulement à manifester l'élément d'indétermination caractéristique de toute décision juridique, que le juriste mettait déjà en avant dans *Loi et Jugement*[71]. De manière beaucoup large, l'état d'exception met en lumière l'existence d'une décision fondamentale, souveraine, qui assure la réalisation de l'ordre juridique *dans sa totalité* :

---

[69] Schmitt (1922), 1988, p. 23.
[70] Schmitt (1922), 1988, p. 13-14.
[71] « Toute décision juridique concrète contient un moment d'indifférence du contenu, parce que la conclusion juridique n'est pas déductible de ses prémisses jusque dans ses ultimes conséquences et que la circonstance rendant nécessaire une décision demeure un moment déterminant autonome. » : Schmitt (1922), 1988, p. 41.

« Tout droit est "droit en situation". Le souverain établit et garantit l'ensemble de la situation dans sa totalité. »[72]

C'est pourquoi dès lors que l'on admet le principe de l'unité effective du droit, il n'est plus possible de l'isoler des conditions de sa réalisation effective, soit de l'ordre concret qui préside à cette réalisation et de l'instance qui garantit, en dernier ressort, que l'ordre nécessaire à la réalisation du droit existe effectivement. Ainsi que nous allons le montrer dans ce qui suit, contre la thèse normativiste de l'autonomie du droit, Schmitt souligne l'assise sociologique du droit, qui lui donne son sens et son contenu réel. Et, contre la sociologie wébérienne du droit, Schmitt s'oppose à l'idée d'une dispersion du processus de réalisation du droit.

B. L'impasse des théories libérales rationalistes devant la question de la réalisation du droit

L'incapacité du normativisme à résoudre la question de l'unité effective de l'ordre juridique structure sans aucun doute l'essentiel de l'argumentation critique développée par Schmitt à l'encontre de la théorie pure du droit dans l'ouvrage de 1922. Cette critique porte sur les prétentions de Kelsen à faire de l'unité *objective* de l'ordre juridique un simple produit de la connaissance synthétique, à l'exclusion de tout recours à un quelconque élément de nature sociologique permettant de répondre de l'effectivité du droit. Il faut d'ailleurs rappeler que les premiers chapitres de *Théologie politique* ont d'abord fait partie d'un recueil d'articles publié à la mémoire de Max Weber, ce qui est signifiant, ainsi que le note Jean-François Kervegan, « si l'on se rappelle que tout l'effort de Kelsen, depuis 1912, vise précisément à épurer la science juridique de tout ce qui est "sociologique", c'est-à-dire de tout ce qui ne relève pas de la pure normativité ».[73]
La théorie du droit de Kelsen se propose d'établir l'autonomie de la science juridique en fondant la validité du droit sur le droit lui-même. Cette démarche, qui s'inscrit dans la continuité du positivisme juridique de Laband, conduit le juriste autrichien, d'un côté, à

[72] Schmitt (1922), 1988, p. 23.
[73] Kervégan, 1995a, p. 230.

écarter tout principe de validité transcendant le droit positif (qu'il s'agisse de valeurs morales ou de principes de droit naturel) et, de l'autre, à refuser l'idée d'après laquelle des éléments de nature sociologique seraient à la source de la validité des règles juridiques. Le droit est le produit de la volonté humaine – il est « posé » – de telle sorte que nulle démarche de nature cognitive portant sur des valeurs de justices transcendantes n'est nécessaire pour établir une connaissance systématique du droit[74]. Mais, en outre et conformément à la distinction néokantienne de l'être et du devoir-être, du *Sein* et du *Sollen*, ce qui relève du fait ne peut en aucun cas fonder la validité du droit. Contrairement aux sciences de la nature, la science juridique n'étudie pas des faits, mais des normes, dont le mode spécifique d'existence consiste dans leur validité, et non dans leur pure existence factuelle. Et la validité d'une norme juridique ne provient que de ce qu'elle a été édictée dans les formes requises par une norme supérieure dans l'ordre juridique, et suppose toujours son insertion dans un système de normes[75]. Pour mettre un terme à la démarche régressive visant à fonder la validité des normes juridiques, Kelsen soutient la nécessité de poser une norme fondamentale qui soit source de la validité de l'ordre juridique dans sa totalité. Cette norme hypothétique, qui peut être qualifiée de Constitution au sens logico-juridique du terme, doit donc être distinguée de la Constitution juridico-positive – sans pourtant acquérir le statut d'un droit naturel. Il s'agit seulement d'une hypothèse nécessaire présupposée par l'« observateur du droit »[76] pour que la Constitution juridico-positive, par laquelle les lois acquièrent leur caractère de normes juridiques valides, puisse être considérée elle-même comme une norme juridique valide[77]. Une telle norme hypothétique exprime donc le caractère relatif du système de normes valant comme droit positif[78]. Et elle permet de fonder l'unité de l'ordre juridique sur un « acte libre de la connaissance juridique »[79], en écartant tout élément de nature sociologique de la fondation de l'unité de l'ordre juridique. Reste que si, pour Kelsen, l'unité de l'ordre juridique est un produit de la connaissance systématique, elle n'en possède pas moins une valeur objective, et non pas

---

[74] « C'est précisément dans le fait qu'il est "posé" par la volonté humaine que réside, par rapport au droit naturel, la "positivité" d'un droit ; c'est un fondement de validité essentiellement étranger au droit naturel, précisément parce que celui-ci, en tant qu'ordre "naturel", n'est pas produit par l'homme, et qu'il est même considéré comme ne pouvant pas être le produit d'un acte humain. » : Kelsen (1928), 1997, p. 438.

[75] « Un "ordre" est un système de normes dont l'unité repose sur le fait que leur validité à toutes a le même fondement : et le fondement de la validité d'un ordre normatif est, nous le verrons, une norme fondamentale de laquelle se déduit la validité de toutes les normes appartenant à cet ordre. » : Kelsen (1934), 1999, p. 39.

[76] Beaud, 1993a, p. 81. *Cf.* Kelsen, (1934), 1999, pp. 53 et 54.

[77] « La norme fondamentale n'est donc pas une véritable norme, mais une décision épistémologique : la décision de traiter un certain ensemble de normes, dont la constitution est la plus élevée, comme un système juridique. » : M. Troper, 2007b, p. 49.

[78] Kelsen (1928), 1997, p. 441.

[79] Schmitt (1922), 1988, p. 31.

seulement subjective. Or, là est la question, pour Schmitt. Car il ne s'agit pas seulement de faire le constat dispersé des règles juridiques effectivement en vigueur, mais d'établir la valeur *objective* de l'*unité* de l'ordre juridique. Pourtant, on ne comprend pas, selon Schmitt, comment une telle unité, dont la nature semble subjective ou transcendantale, peut posséder une valeur objective. D'où vient la valeur objective de l'ordre juridique tel qu'il est construit par la science du droit dans la théorie normativiste ?[80] Comment s'opère le passage entre l'ordre juridique unifié sous la forme d'un système de normes par un « acte libre de la connaissance juridique » et l'ensemble effectivement donné des réglementations et des décisions juridiques, « (…) comme s'il y avait une harmonie préétablie entre le résultat d'une connaissance juridique libre et un complexe ramené à l'unité seulement dans la réalité politique »[81] ? Schmitt admet qu'un ensemble de lois positives puisse être ramené à l'état de système, par exemple lorsque cette unité est fondée sur des normes extrajuridiques morales ou sur le droit naturel. Mais l'unité du système juridique est alors idéale : il s'agit en l'occurrence d'un « système de droit naturel ou d'une doctrine juridique théorique et universelle »[82], ce que récuse le juriste autrichien. Et le fait que les valeurs qui donnent le contenu des normes juridiques soient positives ne suffit pas à établir l'objectivité de l'ordre juridique unifié par la connaissance juridique, puisque les valeurs positives ne constituent un ordre que si le juriste adopte à leur égard une position de supériorité, de telle sorte que l'unité produite n'a dès lors qu'une valeur subjective :

> « La science normative à laquelle Kelsen veut élever la jurisprudence en sa pureté ne saurait être normative en ce sens que le juriste évalue les choses à partir de son acte libre propre ; il ne peut référer qu'à des valeurs qui lui sont données (positivement données). Apparemment, une objectivité est ainsi rendue possible, mais non un lien nécessaire avec une positivité. Les valeurs auxquelles réfère le juriste lui sont certes données, mais il adopte à leur égard un comportement de supériorité qui les relativise. »[83]

Le normativisme aurait donc cherché de façon incohérente à construire un ordre juridique unifié à partir d'une définition strictement formelle de la validité des normes juridiques, qui permet certes de fonder l'unité de l'ordre juridique, mais qui ne permet pas de

[80] « (…) sur quoi reposent la nécessité et l'objectivité des diverses références si elles ne s'appuient pas sur une détermination positive, c'est-à-dire sur un ordre ? » : Schmitt, (1922), 1988, p. 31.
[81] Schmitt (1922), 1988, p. 31.
[82] Schmitt (1922), 1988, p. 31.
[83] Schmitt (1922), 1988, p. 31.

comprendre comment se réalise le rapport de cet ordre juridique avec la positivité des règles de droit[84].

Kelsen n'écarte pourtant pas la question de l'effectivité du droit du champ juridique. La validité du droit implique bien une certaine efficacité des normes juridiques, puisqu'un droit qui ne serait ni observé ni appliqué, « en gros et de manière générale » perdrait toute validité. De même, si un ordre de contrainte exercé sur un territoire donné par une bande de brigands ne suffit pas à fonder un ordre juridique, ce n'est pas parce qu'il serait injuste, mais parce qu'il n'a pas d'efficacité durable[85]. Seule une telle efficacité durable permet de fonder la validité objective de l'ordre de contrainte sur la base d'une norme fondamentale hypothétique :

> « Aussitôt cependant que les ordres de contrainte établis par voie révolutionnaire se révélèrent durablement efficaces, ils furent reconnus comme ordres juridiques ; les gouvernements des collectivités qu'ils fondaient, comme gouvernements d'un Etat ; et leurs actes, comme des actes étatiques, c'est-à-dire comme des actes de droit. »[86]

Mais, pour Kelsen, un juriste ne peut que faire le *constat* de cette efficacité. Car le dualisme du *Sein* et du *Sollen* exclut de considérer l'efficacité comme le fondement de la validité du droit : les normes juridiques entrent en vigueur avant même qu'elles ne deviennent effectives[87] – bien que l'efficacité globale de l'ordre juridique soit la condition de la réception d'un ordre juridique comme valide :

> « Puisque la validité d'une norme constitue un *Sollen*, et non un *Sein*, elle est quelque chose de différent de son efficacité, c'est-à-dire du fait de Sein que la norme est effectivement appliquée et obéie ou suivie (*Befolgt*), que le comportement humain qui y correspond se produit effectivement. »[88]

C'est pourquoi, si la force ou la puissance ont bien pu, d'un point de vue factuel, être à la source d'un ordre juridique effectif, la puissance ou le fait n'en fondent pas néanmoins sa

[84] « Pour demeurer cohérent, Kelsen est donc placé devant une alternative. Ou bien il renonce au caractère normatif des prescriptions juridiques, mais il se heurte alors à l'objection que suscite tout positivisme juridique de type classique et qu'il soulève lui-même : quelle différence y a-t-il entre l'Etat qui prescrit ces règles impératives et une bande de brigands qui me contraint à lui céder ma bourse ? Ou bien il recourt à un principe matériel, par exemple à un certain concept de la justice, et toute sa critique du droit naturel devient caduque. » : Kervégan, 1995a, p. 238.
[85] Kelsen (1934), 1999, p. 55.
[86] Kelsen, (1934), 1999, p. 57.
[87] *Ibid.*
[88] Kelsen (1934), 1999, p. 19.

validité. Mais cette analyse de l'effectivité du droit ne permet toujours pas de rendre raison de la prétention à l'objectivité d'un ordre juridique dont l'unité repose sur l'acte libre de la connaissance. Car, si le juriste peut bien faire le constat de l'effectivité du droit, rien ne permet d'expliquer l'effectivité de *son unité* qui ne relève, chez Kelsen, que de l'acte libre de la connaissance juridique. Ce dont Kelsen ne rend pas compte ici, c'est bien *du fait* de l'unité effective du droit : comment se fait-il que le droit réel soit conforme au droit rationalisé de la connaissance juridique ? Une telle contradiction est inexplicable, au regard de Schmitt, si l'on ne perçoit pas l'objectif *libéral* qui anime la théorie rationaliste du juriste autrichien. Car Kelsen ne cherche pas seulement à construire une théorie rationaliste systématique du droit. Mais il veut également (et surtout, d'après Schmitt) faire valoir sa rationalité comme principe de son objectivité *contre* l'idée de souveraineté.

La construction rigoureusement logique de l'unité systématique de l'ordre juridique permet à Kelsen de récuser la dualité de la puissance étatique et du droit au profit d'une théorie moniste identifiant l'Etat et l'ordre juridique. A l'encontre de toute prétention de définir l'Etat par des éléments non juridiques, comme c'est le cas aussi bien pour les théories substantialistes de l'Etat pour lesquelles l'Etat est une puissance subjective source du droit, que pour les théories réalistes qui résolvent l'Etat dans ses éléments (un peuple, un territoire, une puissance), Kelsen affirme au contraire qu'il n'existe de définition de l'Etat que juridique. Car l'Etat n'est, selon lui, ni une personne fictive, ni un être réel, ni même un ordre concret, sauf à y voir l'existence d'un droit positif s'appliquant sur un territoire donné, à un ensemble d'individus que l'on appelle « peuple ». Bien loin qu'existe effectivement un peuple antérieurement à l'existence de l'Etat, qui serait ensuite susceptible de fonder l'existence substantielle de ce dernier, le peuple n'a lui-même d'unité qu'à raison de la soumission d'un ensemble d'individus au même ordre juridique[89]. De même, le territoire d'un Etat n'est pas autre chose que le domaine géographique de validité de l'application d'un ordre juridique donné. C'est pourquoi l'Etat est un simple point d'imputation exprimant l'unité de l'ordre juridique, comme le souligne Schmitt non sans irritation :

> « A l'aide de ce procédé, Kelsen parvient à un résultat nullement surprenant : aux yeux du droit, l'Etat doit être une réalité purement juridique, ayant valeur normative, donc nullement une réalité

[89] « En vérité, le peuple n'apparaît un, en un sens quelque peu précis, que du seul point de vue juridique ; son unité – normative – résulte au fond d'une donnée juridique : la soumission de tous ses membres au même ordre étatique. » : Kelsen (1929), 2004, p. 14.

> ou une idée à côté et en dehors de l'ordre juridique, mais précisément rien d'autre que cet ordre juridique lui-même, et naturellement comme unité. »[90]

Mais, par suite, le concept traditionnel de souveraineté comme puissance absolue à la fois source du droit et principe de la continuité de l'Etat doit être écarté[91]. Car, d'un point de vue juridique, où le fait se voit séparé du droit, une telle puissance ne signifie rien. Sans abandonner totalement la notion, le juriste ne lui accorde désormais qu'un sens limité : la souveraineté ne signifie que « la validité d'un système de normes de l'ordre étatique, qui ne se déduit d'aucune norme supérieure »[92]. En d'autres termes, comme le note encore Schmitt :

> « L'Etat n'est donc ni l'auteur ni la source de l'ordre juridique ; selon Kelsen, toutes ces représentations sont des personnifications ou des façons d'hypostasier la réalité, des dédoublements de l'unique et même ordre juridique dans des sujets (*Subjekten*) divers. (…) La compétence suprême n'est pas dévolue à une personne ou à un complexe de puissance à la fois sociologique et psychologique, mais exclusivement à l'ordre souverain lui-même, dans l'unité du système des normes. »[93]

Ainsi, la notion de la souveraineté personnelle cède la place à la souveraineté du droit. Une telle dissolution de la notion traditionnelle de la souveraineté est présentée comme le fruit de la science juridique. Certes, Kelsen dénonce ensuite les usages politiques dont la notion a pu faire l'objet, car, sous sa forme syncrétique qui mêle des éléments de nature sociologique et juridiques, la notion de souveraineté n'est jamais qu'un outil permettant à légitimer la prétention de certains individus ou de certains groupes à dominer. Mais sa signification juridique procède, quant à elle, exclusivement de la théorie du droit, à l'encontre de tout objectif politique. Carlos-Miguel Herrera note d'ailleurs que « sa critique de la souveraineté ne se fait pas au nom d'une vision politique démocratique ou libérale [car il y aurait alors] (…) une "bonne" souveraineté (celle du peuple, ou du moins, du Parlement), et une "mauvaise" souveraineté (celle des Etats autoritaires). C'est la valeur absolue donnée à cette notion, tant par les démocrates que par des impérialistes, qui est à bannir »[94]. Mais c'est la radicalité même du rejet de la notion de souveraineté par Kelsen

---

[90] Schmitt (1922), 1988, p. 29
[91] *Cf.* Herrera, 2004, p. 64.
[92] Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Académie de droit international, Recueil de cours*, 1927. Cité dans Herrera, 2004, p. 65.
[93] Schmitt (1922), 1988, p. 30.
[94] Herrera, 2004, p. 65.

qui permet d'en dévoiler les objectifs antiautoritaires pour Schmitt, qui s'accorde sur le fait que c'est moins la monarchie absolue ou une quelconque forme spécifique de gouvernement qui se voit rejetée que l'idée même d'un commandement absolu supposé fonder et garantir l'unité politico-juridique. Car, comment comprendre la négation de la notion absolue de souveraineté, nécessaire au regard de Schmitt pour fonder l'unité effective de l'ordre juridique, si ce n'est justement parce qu'une telle négation constitue l'objectif même des thèses de Kelsen ? Il est manifestement impossible pour le juriste allemand de rendre raison des contradictions inextricables dans lesquelles Kelsen s'est installé en réduisant la forme juridique à la simple validité normative si on ne l'éclaire pas à la lumière de sa conception libérale antiautoritaire. Par un renversement de perspective qui lui est coutumier, Schmitt réinterprète donc l'argumentation de Kelsen à partir du rejet de toute définition personnelle de la souveraineté. Ainsi, c'est parce qu'il aurait voulu écarter la souveraineté que Kelsen aurait ensuite été amené, par inversion, à définir l'objectivité du droit par la simple négation de tout subjectivisme :

> « D'après Kelsen, la représentation du droit de commandement personnel est proprement l'erreur de la doctrine de la souveraineté de l'Etat ; la théorie du primat de l'ordre juridique de l'Etat, il l'appelle "subjectiviste" ; c'est pour lui une négation de l'idée de droit, car elle a mis le subjectivisme du commandement à la place de la norme, qui a valeur objective. »[95]

Une fois admis que l'objectivité n'est que le revers de la subjectivité, l'objectivité du droit peut alors se résoudre dans sa rationalité. Et la question de la réalisation du droit est alors tranchée sans avoir été posée :

> « Kelsen résout le problème de la souveraineté en le niant. Voici la conclusion de sa déduction : "Il faut écarter radicalement le problème de la souveraineté." En réalité, on a affaire à la vieille négation libérale de l'Etat face au droit, et à l'ignorance du problème autonome de l'effectuation du droit. »[96]

Schmitt interprète donc la notion de souveraineté du droit le fruit du rejet de la notion de souveraineté, qui rend raison des contradictions dans lesquelles le juriste autrichien s'est installé. Kelsen n'a d'ailleurs guère caché sa méfiance à l'égard de la notion subjective de souveraineté qu'il considère n'être qu' « un masque vraiment tragique, derrière lequel se

[95] Schmitt (1922), 1988, p. 40.
[96] Schmitt (1922), 1988, p. 32.

cache, de diverses manières, la prétention de dominer »[97] ; mais Schmitt fait de cette négation non pas la conséquence de sa théorie rationaliste, mais bien son objectif.

Néanmoins, si l'on peut admettre qu'il existe quelques tensions dans la démarche de Kelsen, qui prétend établir l'unité objective de l'ordre juridique à partir de l'acte libre de la connaissance juridique, et s'il est possible de contester les prétentions à l'autonomie de la science juridique à l'égard de la sociologie, la nécessité de recourir à la notion de souveraineté pour fonder l'effectivité[98] de l'ordre juridique n'en demeure pas moins contestable. Car sans doute la démarche de Kelsen est-elle davantage prescriptive qu'elle ne le prétend, comme en témoignent les tensions relevées, mais peut-on pour autant déduire de son rejet de la souveraineté absolue la nécessité même de cette notion ? Pour imposer cette thèse, Schmitt doit engager un second dialogue, moins direct sans doute, mais certainement décisif, avec la sociologie wébérienne.

Bien que la sociologie du droit de Weber manifeste le soubassement historique du normativisme dont elle invalide par suite les prétentions à l'universalité, et bien qu'elle permette sans doute aussi de mettre en lumière le caractère prescriptif de la démarche de Kelsen, elle fournit cependant une certaine assise historique à la théorie pure du droit. Car Weber établit précisément l'existence d'un processus de rationalisation juridique, dont il fonde exclusivement l'essor sur l'activité rationalisée des individus – soit sans l'intervention d'une décision souveraine transcendant l'ordre concret. De telle sorte que, si la sociologie du droit n'est pas sans faire vaciller les prétentions à l'universalité du normativisme, elle n'en possède pas moins une certaine complémentarité avec lui. Et le juriste donne un sens à cette complémentarité, en l'inscrivant dans le cadre général d'une conception à la fois rationaliste et individualiste du monde qui pose comme une nécessité objective ce qui relève d'un choix et d'une métaphysique.

---

97 Kelsen, « Der Wandel des Souveränitätsbegriffes », in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio*, Modena: S.T.M., 1931, p. 1. Cité dans Herrera, 2004, p. 64.

98 Sur ce point, on peut voir l'article, remarquable par sa clarté et sa systématicité, de J.-F. Kervégan, qui fait le constat des limites du normativisme, fondé sur « l'incohérence qu'il y a à ne pas choisir entre un normativisme conséquent, fondé sur des valeurs matérielles, et un positivisme conséquent, réduisant la normativité à la facticité, le droit au fait. » : Kervégan, 1995a, p. 238.

C. La dissolution du processus de réalisation du droit dans la sociologie wébérienne

Les rapports qui lient Schmitt à la sociologie wébérienne sont à la fois complexes et ambigus. Il est clair que Schmitt emprunte au sociologue un certain nombre de concepts et d'idées majeures – à commencer par la thèse portant sur le processus de rationalisation caractéristique du monde occidental – et la critique qu'il mène à l'encontre du normativisme n'est pas sans puiser dans la sociologie wébérienne. Néanmoins, l'affirmation d'Habermas d'après laquelle Schmitt serait le fils spirituel de Weber semble contestable, sinon de devoir être nuancée. Les travaux importants de Catherine Colliot-Thélène et d'Augustin Simard ont souligné l'effort de démarcation polémique du juriste à l'égard du sociologue[99]. Il semble en fait plus exact de retenir l'affirmation de Catherine Colliot-Thélène selon laquelle Weber est surtout l' « un des grands interlocuteurs que Carl Schmitt s'est choisis ». Schmitt dialogue effectivement avec Weber dans ses ouvrages, bien que de manière sourde et indirecte le plus souvent. Un tel dialogue est particulièrement lisible en ce qui concerne la double question de la rationalisation du droit et de la réalisation du droit.

La question de la réalisation du droit est portée par la notion de forme juridique. Chez Kelsen, la forme juridique, définie comme simple validité logique, nie la question de l'effectivité du droit en établissant l'identité de la rationalité du droit et de son objectivité. Mais Schmitt souligne que l'ensemble des juristes rationalistes du droit n'a pas toujours écarté la question de la réalisation du droit. C'est le cas, en particulier, du juriste néerlandais H. Krabbe, dont se réclame le normativisme, pour lequel « la doctrine de la souveraineté du droit est, selon la façon dont on l'aborde, ou bien la description d'un état réellement existant ou un postulat qu'il faut s'efforcer de réaliser »[100]. Par conséquent, Krabbe admet l'existence d'une alternative posée à la théorie de la souveraineté du droit, qui n'est pas sans une proximité relative avec celle que Schmitt lui-même établit dans l'ouvrage : soit la théorie de la souveraineté du droit est prescriptive, et son autonomie est garantie, soit elle est descriptive, mais il faut alors montrer comment s'établit le rapport

[99] La thèse d'Habermas d'après laquelle Schmitt est un disciple légitime de Weber semble excessive, au vu des efforts de démarcation et des critiques portées par Schmitt contre Weber. *Cf.* Colliot-Thélène, 1995, p. 205 et ss ; Simard, 2009 ; Habermas, *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, Suhrkamp, 1982, p. 85. On sait qu'en note Habermas retiendra l'idée émise par un collègue d'après laquelle Schmitt serait le « fils naturel » de Weber.

[100] H. Krabbe, *Die moderne Staatsidee*, La Haye, 1906, 2e édition allemande augmentée en 1919, p. 39. Cité dans Schmitt (1922), 1988, p. 33.

avec la positivité. C'est cette seconde thèse que Krabbe défend, en montrant que la souveraineté du droit correspond à son évolution historique :

> « Nous ne vivons plus désormais sous la domination de personnes, qu'il s'agisse de personnes naturelles ou de personnes (juridiques) construites, mais sous la domination de normes, de forces spirituelles. Là se manifeste l'idée moderne de l'Etat. »[101]

Ainsi, la doctrine de la souveraineté du droit n'est descriptive que parce qu'elle correspond à l'évolution même du droit et de l'Etat, qui conduit au remplacement de la domination personnelle du roi par la domination plus spirituelle du droit. Mais la thèse d'après laquelle nous vivrions sous la « domination de forces spirituelles » suppose en outre, selon Schmitt, un déplacement de point de vue dans l'analyse du droit, qui n'est plus soumise à une analyse strictement logique. Car l'évolution du droit et de l'Etat est conçue sous la forme d'un rapport de domination qui engage une *reconnaissance* de la part des individus qui leur sont soumis. Ainsi, Schmitt souligne que chez Krabbe :

> « La base, la source, de l'ordre juridique doivent "être cherchées exclusivement dans le sentiment et la conscience du droit présent chez les concitoyens". »[102]

L'établissement effectif de la souveraineté du droit serait donc lié à la reconnaissance subjective par les individus de la force spirituelle des normes. Or, en dépit des protestations de Krabbe[103], de telles analyses relèvent pour Schmitt de la sociologie du droit, dont l'effort tend à dégager le principe de la réalisation effective de l'ordre juridique rationnel. Un effort qui trouve sa traduction dans la définition adoptée par le juriste néerlandais de la notion de forme juridique. Pour Krabbe, en effet, les intérêts individuels sont la seule et unique source du contenu du droit, l'Etat ayant seulement pour fonction de faire le constat des intérêts dominants qui organisent la société et de les exprimer sous une forme juridique. Selon l'expression de Schmitt : « L'Etat n'a qu'un seul devoir : "former" (*bilden*) le droit, c'est-à-dire constater (*feststellen*) la valeur juridique des intérêts. »[104] Or, pour Schmitt, une telle définition de la forme juridique ne peut être identifiée à la définition rigoureusement abstraite du normativisme. Elle engage, au contraire, une thèse de nature sociologique consistant à défendre que la pluralité des consciences individuelles

---

[101] Schmitt (1922), 1988, p. 33.
[102] Schmitt (1922), 1988, p. 33.
[103] Schmitt (1922), 1988, p. 33.
[104] Schmitt (1922), 1988, p. 34.

constitue le moteur exclusif de la réalisation du droit. C'est pourquoi, pour Schmitt, la thèse de Krabbe préfigure moins l'argumentation logique de Kelsen, qu'elle ne se rapproche des théories coopératives de l'Etat. Pour ces dernières, issues d'Otto Gierke et qui trouvent ensuite leur prolongement chez Hugo Preuss et chez Wolzendorff, l'Etat n'est pas la source du droit, mais seulement le « héraut » qui le met en forme, de telle sorte que, comme pour Krabbe, la *valeur* du droit est toujours indépendante de l'Etat. Le droit provient au contraire de « l'auto-organisation » de la société, il émerge de la pluralité des intérêts économiques, sociaux et culturels, et l'Etat se contente ensuite de reconnaître le droit en lui donnant une forme juridique. L'essentiel consistant ici dans le fait que la notion de forme juridique engage bien également une thèse de nature sociologique répondant à la question de la réalisation du droit, et d'après laquelle *la pluralité des intérêts individuels et l'auto-organisation de la société constituent les véritables principes de la réalisation effective du droit*.

Ainsi, au moyen d'un détour par un ensemble disparate de théories défendant toutes la thèse de la souveraineté du droit, Schmitt montre que cette dernière ne peut se passer d'une assise sociologique, sauf à n'être qu'une théorie prescriptive du droit. Pour Schmitt, la théorie de la souveraineté du droit n'est descriptive qu'à la condition d'établir la rationalité objective du droit tout en écartant le principe de la souveraineté comme principe de sa réalisation. Ce qui suppose de montrer que la pluralité des activités individuelles suffit à rendre raison d'un tel processus. Or, Schmitt relève un certain nombre de tensions inhérentes à ces théories, qui témoignent manifestement à ses yeux de leur difficulté à maintenir à la fois la thèse de la souveraineté du droit et celle de sa rationalité effective sans recourir à la notion de souveraineté concrète et absolue de l'Etat. C'est le cas, en particulier, de la théorie de Wolzendorff, qui, dans *Der Reine Staat* (1920), défend la thèse d'après laquelle l'Etat, intrinsèquement lié par le droit, est seulement la puissance de l'ordre, laissant les intérêts économiques et sociaux à leur propre gestion, et n'intervenant qu'en situation de désaccord au niveau des « strates inférieures » de la société :

> « L'Etat doit sauvegarder le droit ; il est "gardien, non pas maître" ; cependant, ce gardien n'est pas non plus un "serviteur aveugle", mais un "garant responsable et décidant en dernière instance". »[105]

[105] Schmitt (1922), 1988, p. 36-37.

Une telle thèse vise bien à affirmer la souveraineté du droit, mais elle possède néanmoins des implications inattendues pour son auteur. Car la fonction de « mise en forme » du droit par l'Etat implique, selon Schmitt, une décision consistant à trancher entre différentes interprétations de ces règles issues de l'auto-organisation sociale, de telle sorte que la forme juridique acquiert par suite un sens *substantiel*[106]. Cette définition substantielle de la forme juridique serait bien évidemment récusée par Wolzendorff, tant elle va à l'encontre de ses positions antiautoritaires et démocratiques[107] : elle n'en témoigne pas moins, pour le juriste, de la conscience obscure des limites de la définition strictement « formelle » de la mise en forme juridique.

C'est à ce stade de sa réflexion que Schmitt fait appel à Weber. Et ce parce que la démarche consistant établir les sources de la rationalité effective du droit sans recourir à la notion de puissance souveraine est précisément celle que le sociologue mène à son terme. Schmitt dégage trois sens de la notion de forme juridique chez Weber : « la condition transcendantale de la connaissance juridique », qui caractérise, pour Schmitt, la validité normative chez Kelsen, laquelle ne produit jamais que l'unité subjective de l'ordre juridique ; « une régularité constante, résultant de la pratique répétée et de la réflexion poussée sur la discipline » ; et, enfin, une forme rationaliste qui consiste en « une perfection technique axée sur la capacité de prévoir »[108]. La sociologie wébérienne admet donc nettement la distinction de la dogmatique juridique et de la sociologie du droit :

> « Quand on parle de "droit", d' "ordre juridique", de "règles de droit", on doit être particulièrement attentif à distinguer les points de vue juridique et sociologique. Le juriste se demande ce qui a valeur de droit du point de vue des idées, c'est-à-dire qu'il s'agit pour lui de savoir quelle est la signification, autrement dit le sens normatif, qu'il faut attribuer logiquement à une certaine construction de langage donnée comme norme de droit. Le sociologique se demande, en revanche, ce qu'il advient en fait dans la communauté. »[109]

Si, du point de vue du juriste, seule la validité normative du droit possède une valeur juridique, en revanche, du point de vue du sociologue, c'est l'effectivité du droit et la valeur que les individus lui accordent subjectivement qui est en jeu. Par cette distinction,

---

[106] « [Wolzendorff] amène le débat au concept essentiel, à savoir celui de la forme au sens substantiel. » : Schmitt (1922), 1988, p. 37.

[107] « Je ne crois pas que Wolzendorff ait été conscient à quel point, avec son expression de "garant décidant en dernière instance", il s'est rapproché d'une théorie autoritaire de l'Etat qui est aux antipodes de la conception coopérative et démocratique de l'Etat. » : Schmitt (1922), 1988, p. 37.

[108] Schmitt (1922), 1988, p. 38.

[109] Weber (1921), 1971, p. 321.

Weber invite certes à penser qu'il existe une certaine forme de complémentarité entre la science juridique et la sociologie du droit, la seconde consistant en une science de la réalité. Néanmoins, pour Weber comme pour Schmitt, le premier sens de la forme juridique, qui relève de la dogmatique juridique, ne peut répondre au problème de la réalisation du droit qui appartient seulement à la sociologie.

Dans un certain nombre d'articles publiés dans les années 10 à 20[110], Kelsen avait pourtant voulu défendre l'autonomie de la science juridique en montrant la dépendance même de la sociologie du droit à l'égard de la science juridique. Certes, Kelsen admet dès les années 20 la portée de l'entreprise sociologique menée par Weber. Mais il n'en souligne pas moins les limites d'une science empirique du droit qui demeure dépendante de la science juridique pour la définition même de son objet[111]. Le droit, ainsi que l'ensemble des concepts juridiques – en particulier celui d'Etat – sont effectivement, pour Kelsen, les objets exclusifs de la science juridique, car toute autre approche empirique du droit doit manquer sa valeur normative[112]. Et c'est bien pourquoi d'ailleurs la science juridique peut seulement prétendre établir l'objectivité de l'ordre juridique, qui consiste dans sa cohérence logique, et non son effectivité, qui relève du simple constat, sans entamer néanmoins l'autonomie de la science juridique. Mais, nous l'avons souligné, c'est la notion d'objectivité du droit qui pose justement problème. Car, une fois admis que l'objectivité du droit suppose un rapport avec son effectivité, de deux choses l'une : soit l'objectivité du droit se résout dans le simple constat empirique des règles juridiques positives, et le normativisme se dissout alors dans un pur et simple positivisme[113] ; soit il faut admettre que l'objectivité du droit provient de la conformité des formes de la pensée subjective avec le droit positif, et donc de la rationalité empirique du droit. C'est pourquoi, dans l'optique

[110] C'est le cas en particulier de « Zur Soziologie des Rechts. Kritische Betrachtungen », *Archiv für, Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd XXXIV, Heft 2, 1912, p. 601 à 614 ; de « Eine Grundlegung der Rechtssoziologie », *Archiv für, Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd XXXIX, 1915, pp. 839 à 876.

[111] « La description du droit positif en termes sociologiques se déprécie d'autant plus que la sociologie ne peut définir le phénomène de droit – le droit positif d'une communauté donnée – qu'en recourant au concept de droit tel que le définit la science normative du droit. La sociologie du droit présuppose ce concept. » : Kelsen (1945), 1997, p. 227. *Cf.* également p. 228 sur Weber.

[112] Ainsi Kelsen affirme-t-il dans *Allgemeine Staatslehre* : « Le concept juridique n'est pas seulement employé pour sa précision et pour sa pertinence ; au contraire, pour la sociologie compréhensive également, il est un concept de base incontournable sans lequel elle ne pourrait pas parvenir à cette unité particulière qu'est l'Etat. » : Cité dans Carrino, 1995, p. 202.

[113] C'est la critique que Schmitt développera contre le normativisme dans la *Théorie de la constitution* : « Chez Kelsen, en revanche, n'ont cours que des normes positives, c'est-à-dire celles qui sont effectivement valides ; elles ne sont pas valides parce qu'en toute rigueur elles doivent l'être, mais parce qu'elles sont positives, sans égard à leurs qualités, comme la rationalité, l'équité, etc. Ici s'arrête brusquement le devoir-être et s'interrompt la normativité, à leur place on voit surgir la tautologie d'une effectivité grossière : une chose est valide si elle est valide et parce qu'elle est valide. C'est le "positivisme". » : Schmitt (1928), 1993, p. 137.

d'une lecture critique du normativisme produite sous l'éclairage de la sociologie du droit de Weber, ce n'est pas la sociologie du droit qui présuppose la science juridique pour la définition de son objet, mais c'est inversement la notion d'objectivité telle que la développe Kelsen qui présuppose déjà l'existence d'un droit rationalisé dont il se fait fort d'établir ensuite l'unité objective sur un fondement rigoureusement formel. La définition formelle du droit sur laquelle Kelsen prend appui pour établir le sens de l'objectivité de l'ordre juridique semble donc le fruit d'un processus historique de rationalisation, que Kelsen tiendrait grossièrement pour la réalité même du droit[114]. Un point nettement souligné par Agostino Carrino, dans une optique wébérienne :

> « Si l'on met en regard la position de Kelsen et l'analyse sociologique de Weber, on constate immédiatement que Kelsen se borne à considérer l'aspect typiquement moderne du droit, compris comme rançon du processus de modernisation du monde. »[115]

Sous cet éclairage, non seulement les prétentions du normativisme de fonder l'autonomie du droit tout en maintenant son assise positive reposent en dernier ressort sur un phénomène historique, mais, en outre, la théorie apparaît alors bien moins descriptive, que *prescriptive*, au sens où l'ordre juridique objectif se voit défini par sa conformité à la rationalité scientifique. Comme le souligne encore Agostino Carrino :

> « La doctrine pure est donc la science qui mesure la valeur objective d'un ordre juridique lorsque celui-ci devient – ou aspire à devenir – un "ordre scientifique" ; elle considère la science comme la valeur sur laquelle la communauté humaine se fonde ou doit se fonder. A y regarder de plus près, on constate que cette thèse a pour postulat le dépassement des notions antinomiques d'idée et de réalité. »[116]

Une telle lecture n'est pas sans une évidente proximité avec la critique de Schmitt. Mais le juriste ne se limite nullement à reproduire, en la prolongeant, l'analyse sociologique de Weber.

[114] En ce sens, il ne semble pas que la critique menée par Schmitt contre le normativisme ignore le problème de l'autonomie de la science juridique à l'égard de la sociologie, selon l'affirmation de J.-F. Kervégan. Au contraire, en montrant que l'objectivité de l'ordre juridique dépend en dernier recours du processus historique de rationalisation du droit, Schmitt manifeste indirectement la dépendance de la théorie rationaliste à l'égard de la sociologie. « En effet, si l'efficacité est une condition de la validité sans en être le fondement, peut-on maintenir l'axiome de l'autonomie de la sphère des normes ? Schmitt lui-même ne relève pas cette difficulté. » : Kervégan, 1995, p. 139.

[115] Carrino, 1995, p. 194.

[116] Carrino, 1995, p. 193.

En effet, poursuivant l'examen des autres définitions wébériennes de la forme juridique qui engagent, à l'inverse de la validité formelle, une véritable solution au problème de la réalisation du droit, Schmitt souligne, pour le critiquer, le caractère très technique de la réponse wébérienne. Dans ces deux définitions, la forme juridique désigne une qualité du droit qui relève de sa régularité technique, ainsi que de sa prévisibilité empirique. Cette perfection technique est issue, selon Weber, de la rationalisation méthodique du travail juridique, et c'est essentiellement l'intérêt des individus pour sa prévisibilité empirique qui explique, à une époque de développement du capitalisme, sa rationalisation dans les sociétés occidentales[117]. La sociologie du droit défendue par Weber admet donc bien, comme le note Augustin Simard, « une autonomie au moins partielle au processus de réalisation du droit, et insiste, à l'instar de Schmitt, sur le moment de détermination (*Bestimmtheit*), de concrétisation définitive, que renferme tout "atome de droit". »[118] Mais ce moment de « détermination » effective du droit repose en dernier lieu sur l'intérêt des individus à l'égard de règles dont l'existence permet une certaine prévisibilité de l'activité. Ce qui signifie que seule l'orientation des individus suivant certaines règles qu'ils considèrent comme « obligatoires » en fonction de la signification subjective qu'ils leur accordent peut conduire à l'essor d'un nouveau droit, et permet de rendre compte du développement des concepts juridiques[119]. *Weber a donc dissous le processus de réalisation du droit dans la pluralité des activités individuelles et la diversité des intérêts qui les anime*. Il est possible pourtant d'isoler un niveau où les concepts juridiques possèdent une existence relativement autonome de l'activité des individus. Et, contre la philosophie matérialiste, la sociologie du droit de Weber défend bien l'idée d'une certaine autonomie des concepts juridiques. La *Sociologie du droit* étudie d'ailleurs la logique interne du processus de rationalisation du droit, dont l'ouvrage expose les stades de son développement sous une forme idéaltypique. Et l'on connaît en outre la critique sévère portée par Weber contre la réduction marxiste des concepts juridiques à leur substrat matériel. Mais, si la sociologie wébérienne établit un niveau d'autonomie relatif du

[117] « Ces demandes croissantes d'expérience et de connaissances professionnelles de la part de praticiens du droit et par là l'impulsion à la rationalisation du droit en général ont presque toujours leur origine dans l'importance croissante du commerce et de ceux qui y participent, car c'est là que naissent les problèmes toujours nouveaux dont la solution exige de façon inéluctable une formation professionnelle c'est-à-dire rationnelle. » : Weber, 2007, p. 141.
[118] Simard, 2009, p. 92.
[119] « Mais la simple modification des conditions extérieures n'est ni suffisante ni nécessaire. Bien plus déterminante est toujours une activité nouvelle qui conduit à un changement de signification du droit en vigueur ou à la création d'un nouveau droit. » : Weber, 2007, p. 118.

droit[120], inversement, et cette fois contre les théories spiritualistes, Weber écarte toute causalité unilatérale des phénomènes spirituels sur l'ensemble des phénomènes politiques et juridiques. Et ce car, pour Weber, ce niveau de relative autonomie est seulement dû à la constance de l'activité des individus intéressés par l'application régulière et prévisible de certaines règles[121]. Le mouvement plus général de rationalisation du droit ne peut donc être conçu comme un processus idéel autonome qui permettrait d'expliquer la structure des phénomènes politico-juridiques effectifs, de même que nulle « idée du droit » ne préside à sa réalisation historique. Ainsi que le souligne Augustin Simard, ce « qui fonde à la fois la possibilité et la nécessité de la démarche wébérienne, c'est précisément le double constat, d'une part, que les processus de socialisation ne peuvent s'ordonner suivant un schème unitaire et cohérent, qu'ils se fragmentent plutôt en de multiples plans de référence incompatibles et, d'autre part, que l'histoire elle-même ne peut prendre la forme d'une totalité dotée d'un sens homogène et intelligible »[122]. A un moment de plein essor de l'économie capitaliste, la pluralité des intérêts concordants pour une décision déterminée en vue de permettre une activité économique rationalisée suffit à expliquer son mouvement de formalisation. Ce qui implique, conformément à la lecture de Catherine Colliot-Thélène, de relativiser l'importance de l'idée quasiment idéaliste de désenchantement du monde, partiellement contradictoire avec la méthode sociologique wébérienne[123], qui constate seulement la constance des intérêts individuels.

Nous sommes alors en mesure de saisir la position ambiguë de Schmitt à l'égard de la sociologie wébérienne. Car, d'un côté, il est clair pour le juriste que la sociologie du droit peut seule rendre compte du processus de réalisation du droit, de telle sorte que les

---

[120] Ainsi, Schmitt résume le rejet de l'idéalisme opéré par le matérialisme marxiste de la façon suivante : « Cette explication matérialiste rend impossible une considération à part de la logique idéologique puisqu'elle ne voit partout que des "reflets", "apparences", "déguisements" de rapports économiques, et qu'elle opère donc en conséquence, en procédant par explications et interprétations psychologiques et, du moins dans sa conception vulgaire, par soupçons. » : Schmitt (1922), 1988, p. 52.

[121] Ainsi, pour Weber, des « concepts comme ceux d'"Etat", d'"association", de "féodalité" ou autres semblables, désignent, d'une manière générale, du point de vue de la sociologie, des catégories représentant des formes déterminées de la coopération humaine ; sa tâche consiste à les réduire à une activité "compréhensible", ce qui veut dire sans exception aucune, à l'activité des individus isolés qui y participent ». C'est ce qui conduit P. Raynaud à soutenir que l'« idéalisme méthodique de Max Weber implique donc que l'on remonte des concepts scientifiques à l'activité qui leur donne naissance. (…) Ce qui, en particulier, distingue la sociologie du droit de la dogmatique juridique, c'est que, alors que celle-ci part de concepts qui font souvent apparaître la réalité sociale sous la forme de "structures réifiées", la sociologie compréhensive s'efforcera au contraire de retrouver derrière les catégories juridiques ("Etat", "association", etc.) l'activité qui en constitue le sens. » : Weber, « La sociologie compréhensive », in *Essais sur la théorie de la science*, Plon, 1965, p. 345. Cité dans Raynaud, préface, in Weber, 2007, p. 11. Idem pour la citation de P. Raynaud.

[122] Simard, 2009, p. 114.

[123] Selon C. Colliot-Thélène, il faudrait d'ailleurs lire « La profession et la vocation de savant » comme un texte de circonstances. Colliot-Thélène, 1992, p. 151.

prétentions normativistes d'établir l'autonomie du droit à l'égard de toute autre discipline sont vouées à la faillite. La sociologie du droit de Weber permet donc d'abord de dévoiler le caractère prescriptif de la théorie normativiste. Mais la conception prescriptive de Kelsen peut encore se croire descriptive et scientifique à une époque de rationalisation du droit. Sans doute la sociologie du droit de Weber ne cesse de souligner les limites du processus de rationalisation, y compris dans le droit moderne, et le sociologue exclut que l'histoire possède un sens univoque et homogène en raison du caractère multifactoriel des processus de socialisation[124]. Néanmoins, en faisant de la rationalisation du droit le fruit d'un processus fondé sur les intérêts et les pratiques individuelles dans le cadre d'une économie capitaliste – et nullement celui d'une pensée politique dominante qui laisserait encore place à une *autre* forme de pensée –, elle n'en garantit pas moins une certaine assise aux prétentions normativistes. En d'autres termes, la notion de forme juridique wébérienne, qui se définit seulement par un idéal de régularité technique où le droit se résout en un simple système de réglementation issu d'un calcul d'efficacité organisationnel, conforte l'idée qu'il n'est pas besoin d'une décision souveraine transcendant l'ordre concret pour fonder la réalisation du droit. Ce qui ne signifie pas autre chose, sinon que la sociologie du droit de Weber reconduit les thèses antiautoritaires qui écartent la notion de souveraineté de la fondation réelle de l'ordre juridique. Tout en accordant une place centrale à la sociologie du droit de Weber qui lui permet d'invalider les prétentions normativistes à l'autonomie, Schmitt s'attaque donc à la théorie du sociologue *qui procède au final d'une même conception rationaliste et individualiste de la fondation du droit*.

En effet, c'est bien le caractère très technique de la réponse wébérienne que Schmitt prend pour cible, et dont il dénonce l'impuissance à saisir ce qui fait la spécificité du droit :

> « En ce qui concerne la forme technique, elle signifie une précision dominée par des perspectives d'opportunité (…) elle peut certes s'appliquer à l'appareil d'Etat organisé, mais [il] ne touche pas "ce qui a forme juridictionnelle". »[125]

Sur ce point, la position de Schmitt peut d'abord sembler se rapprocher de la de Kelsen concernant l'impuissance de la sociologie des concepts juridiques à saisir le droit dans sa dimension propre – dans sa dimension normative. Pour Schmitt, en effet, il faut opposer à l'idéal technique de la mesure administrative ou du règlement militaire, un idéal juridique

[124] Carrino, 1995, p. 194.
[125] Schmitt (1922), 1988, pp. 38-39.

qui se construit par distinction d'avec l'idée d'après laquelle une règle de droit pourrait consister en une règle technique déterminée par un objectif concret à atteindre :

> « Dans sa précision, le commandement militaire satisfait à un idéal technique et non pas à un idéal juridique. »[126]

De même, le juriste autrichien récuse, à l'instar de Schmitt, que les activités individuelles puissent engendrer l'unité. Car, pour rendre raison de l'émergence des concepts juridiques, la sociologie wébérienne peut seulement rechercher « pour certaines idées et certaines configurations intellectuelles, le milieu typique des gens que leur situation sociologique fera parvenir à certains résultats idéologiques »[127]. La sociologie du droit ne peut donc aboutir qu'à une forme élaborée de constat des motivations des individus en fonction de leur groupe d'appartenance, soit une forme de « "portrait" psychologique », conformément au constat mitigé de Schmitt [128] :

> « Qu'on applique cette méthode à des réalisations spirituelles, et elle conduira à des explications à partir du milieu, voire à la "psychologie" affinée connue comme la sociologie des types déterminés, celle du bureaucrate, de l'avocat, du professeur employé par l'Etat. »[129]

Or, une telle typologie ne permet, ni pour Kelsen ni pour Schmitt, de rendre raison de l'unité du droit. Mais la ressemblance théorique s'arrête là. Car, pour Kelsen, c'est la validité normative qui constitue le caractère propre du droit, et l'unité de l'ordre juridique exige le point de vue strictement formel de la science juridique[130]. En revanche, pour Schmitt, qui dénonce le caractère subjectif de l'unité du droit obtenue par Kelsen, il est nécessaire de supposer à la fois l'existence d'une certaine « idée du droit », garantissant la valeur juridique et l'unité de ce dernier, et l'existence d'un principe de médiation, fondant son effectivité. C'est ce double principe qui s'exprime dans la notion de forme juridique chez Schmitt :

---

[126] Schmitt (1922), 1988, p. 39.

[127] Schmitt (1922), 1988, p. 53.

[128] On peut d'ailleurs se demander si la thèse schmittienne selon laquelle la sociologie wébérienne se résout en une forme de « psychologie » ne fait pas écho à la volonté de Kelsen, dans les années 10 et 20, de faire de la psychologie de l'individu la science complémentaire de la jurisprudence. Sur cette question chez Kelsen, on peut voir Carrino, 1995, p. 191.

[129] Schmitt (1922), 1988, p. 54.

[130] Carrino, 1995, p. 192-193.

> « La forme juridique est dominée par l'idée du droit et par la nécessité d'appliquer une proposition juridique à un état de fait concret : c'est-à-dire qu'elle est dominée par l'effectuation du droit au sens le plus large. »[131]

Ainsi, contre l'autonomie logique de Kelsen, Schmitt défend la nécessité d'un principe concret de réalisation du droit ; et, contre l'idée selon laquelle la rationalité juridique pourrait provenir de la pluralité des activités individuelles s'adaptant à l'essor du capitalisme, Schmitt défend l'idée d'une conceptualité radicale du droit qui préside à sa réalisation effective. Les deux thèses s'articulant dans la défense de la souveraineté conçue comme une instance de médiation concrète entre l'« idée du droit » et la réalité.

Mais, si l'articulation de l'« idée du droit » et du principe de sa réalisation dans la notion de forme juridique se présente très certainement comme la résolution d'un problème fondé sur la contradiction entre l'autonomie du droit défendue par Kelsen, et la question de sa réalisation effective que la sociologie wébérienne prétend résoudre, elle engage une seconde charge contre la sociologie wébérienne. Car, en résolvant la question de la réalisation du droit sur un fondement technique, qui confirme les théories antiautoritaires du droit dans leur rejet de la notion de souveraineté, Weber reconduit, au regard de Schmitt, les conceptions rationalistes dont il prétend faire état. Sa sociologie prend d'ailleurs ouvertement appui sur des principes qui procèdent de ce rationalisme.

Les choix méthodologiques adoptés par Weber engagent certainement au regard de Schmitt une forme générale de pensée – une pensée rationaliste et libérale[132]. C'est le cas en particulier de son principe de l'individualisme méthodologique qui fait de l'orientation de l'activité des individus dans leurs rapports réciproques la source de l'intelligibilité des mécanismes du fonctionnement social, et qui marque l'adhésion du sociologue à la forme de rationalité dominante. Par suite, Schmitt ne fait pas seulement de la sociologie du droit de Weber le pendant de la théorie pure du droit au sens où la première fournirait une certaine assise historique à la seconde : plus profondément, il critique l'échec du sociologue à se situer à un niveau suffisamment distant des réalités dont il prétend faire la description. Plus exactement, Schmitt prend appui sur le fait même que la sociologie wébérienne reconduise les thèses rationalistes qu'il prétend décrire pour établir sa

---

[131] Schmitt (1922), 1988, p. 39.

[132] Et, sous cet angle, il est certain, comme le relève C. Colliot-Thélène, que la sociologie du droit de Schmitt constitue une forme de protestation à l'égard du concept moderne de l'objectivité scientifique dans la mesure où celui-ci, pour peu qu'il parvienne à s'imposer à la science du droit elle-même, consacrerait la fin de la *philosophia practica*, de cette pensée qui interroge « la seule rationalité essentielle, celle de la fin » qui dispose du système de l'économie et de la technique moderne. *Cf.* Colliot-Thélène, 1995, p. 224.

sociologie des concepts juridiques à un niveau supérieur de l'analyse, en faisant le constat d'une conception générale du monde dont la nature est proprement idéelle. Si Schmitt s'accorde bien avec Weber sur le constat d'un processus de rationalisation du droit, il en modifie radicalement la nature, et ne l'accepte en aucun cas comme un état de fait définitif[133]. Mais, en outre, l'inscription manifeste de la sociologie de Weber dans le cadre de cette conception générale du monde rationaliste dont il prétend faire la description objective permet au juriste d'esquisser le principe sous-jacent d'un tel rationalisme, dont il voudra montrer les impensés, et qui repose sur *l'idée d'après laquelle l'activité des individus intéressés par l'application de certaines règles suffit à rendre compte de la réalisation d'un ordre concret*. En d'autres termes, le mécanisme rationaliste reposerait tacitement sur un individualisme, qui engage, nous le verrons, une croyance à laquelle le juriste refuser d'adhérer et qui anime aussi bien la sociologie que la théorie juridique : celle selon laquelle, en se situant au niveau de la rationalité individuelle, il est possible de rendre raison des ordres empiriques.

Par suite, la démarche de Schmitt se développe en deux moments : dans un premier moment, le juriste expose sa propre sociologie du droit fondée sur la thèse très radicale d'une conceptualité de la réalité sociale. Puis, dans un second moment, il montre comment toute conception générale du monde est porteuse d'un type de scientificité dont la portée est toujours intrinsèquement politique, et repose sur une assise métaphysique que le rationalisme n'a pas assumée.

D. La sociologie du droit engagée de Schmitt

Schmitt construit en grande partie sa sociologie du droit par opposition à la sociologie « limitée » de Weber, qui se fonde exclusivement sur « les intérêts pratiques immédiats de la vie du droit » et échoue à saisir la structure conceptuelle générale qui domine à chaque époque. Pour Schmitt, au contraire, chaque époque voit dominer *une* structure conceptuelle relativement cohérente et, par suite, la sociologie schmittienne a « pour objectif de

[133] « Il en va différemment de Schmitt qui, s'il reconnaît la pertinence factuelle des analyses wébériennes, se refuse pourtant à voir dans l'évolution dont elles rendent compte un destin inéluctable. » : Colliot-Thélène, 1995, p. 216.

découvrir la structure ultime, radicalement systématique, et de comparer cette structure conceptuelle avec l'élaboration conceptuelle de la structure sociale à une époque donnée »[134].

Le juriste écarte explicitement la question de savoir si la structure conceptuelle est la source de la structure sociale, ou si la réciproque est seulement vraie – les thèses idéalistes et matérialistes constituant aux yeux du juriste les deux faces d'un même réductionnisme insoutenable[135]. La structure conceptuelle constitue l'horizon du sens dans le cadre duquel toute théorie peut être formulée de même que l'organisation juridico-politique d'une société se constitue, ce qui explique sans doute la concordance de la structure conceptuelle générale et de la structure sociale. Mais la sociologie des concepts juridiques ne peut pas plus se résoudre dans une philosophie de l'histoire de type idéaliste ou matérialiste, qu'elle ne peut se dissoudre dans une étude compréhensive des motivations individuelles, qui perd ce qui constitue l'unité de la conception générale du monde dominante à une époque. La sociologie des concepts juridiques peut seulement dégager cette conception générale et montrer, par exemple, «que l'assise historique et politique de la monarchie correspondait à la mentalité, en gros, des gens en Europe occidentale à cette époque, et que l'organisation juridique de la réalité historique et politique pouvait mettre en place une notion dont la structure était en harmonie avec celle des concepts métaphysiques »[136]. En d'autres termes, sans chercher à établir de causalité univoque liant la sphère idéelle et la sphère sociale, il s'agit de comparer la structure conceptuelle de cette sphère idéelle avec « l'élaboration conceptuelle de la structure sociale à une époque donnée »[137] afin d'établir leur identité structurelle :

> « L'image métaphysique qu'un âge se fait du monde a la même structure que ce qui lui paraît l'évidence même en matière d'organisation politique. Etablir une telle identité, voilà ce qu'est la sociologie de la souveraineté. »[138]

---

[134] Schmitt (1922), 1988, p. 54.

[135] « L'idéalité de la conceptualité radicale est-elle le reflet d'une réalité sociale, ou la réalité sociale est-elle comprise comme la conséquence d'une certaine façon de penser et donc aussi d'agir ? Voilà qui n'entre pas en ligne de compte ici. » : Schmitt (1922), 1988, p. 55.

[136] Schmitt (1922), 1988, p. 55.

[137] « Par nature, et par-delà la conceptualité juridique ayant pour cible les intérêts pratiques immédiats de la vie du droit, elle a pour objectif de découvrir la structure ultime, radicalement systématique, et de comparer cette structure conceptuelle avec l'élaboration conceptuelle de la structure sociale à une époque donnée. » : Schmitt (1922), 1988, p. 54. C'est pourquoi, même au niveau de l'étude de la structure sociale, Schmitt ne s'intéresse qu'à son élaboration conceptuelle, et non à son fonctionnement concret, qui exclut toute unité conceptuelle autre qu'idéaletypique, laquelle est nettement insuffisante au regard de Schmitt. *Cf.* sur ce point Simard, 1988, p. 108 et ss.

[138] Schmitt (1922), 1988, p. 55.

Si Schmitt écarte donc le modèle de la philosophie de l'histoire spiritualiste, telle qu'elle s'expose selon lui chez les auteurs contre-révolutionnaires, il en adopte néanmoins le fond idéaliste. Car, il ne s'agit pas de soutenir que la sphère conceptuelle est la cause des modifications qui affectent la réalité sociale. Schmitt défend l'idée beaucoup plus radicale d'une *conceptualité de la réalité sociale elle-même*. Et, effectivement, le « présupposé de ce genre de sociologie des concepts juridiques est donc une conceptualité radicale, c'est-à-dire une logique poussée jusqu'au métaphysique et au théologique »[139]. L'identité d'une structure socio-politique n'est pas seulement une reconstruction idéaltypique produite par la science, mais elle est une *identité réelle* qui fonde l'unité concrète d'une réalité sociale. C'est pourquoi, d'une part, les théories scientifiques formulées à une époque donnée procèdent toujours d'une conception générale du monde dont elles se font l'expression. Il existe donc des *types de scientificité* que la sociologie du droit a pour tâche de dégager. Mais, d'autre part, parce que la conception générale du monde est toujours aussi une conceptualité de la réalité sociale elle-même, les types de scientificité qui s'en font l'expression se construisent autour d'une mise en forme de la relation qui lie la structure conceptuelle et la structure sociale. En d'autres termes, les différents types de scientificité juridique se structurent autour du principe de réalisation du droit qu'ils engagent, lequel exprime la conception générale qu'une époque se fait de la réalité sociale et surtout du lien qui unit la structure conceptuelle et la structure sociale. Ainsi, la pensée théologico-politique se développe essentiellement autour de la relation qui lie le dieu législateur à l'égard de sa création. Cette relation se fonde sur l'affirmation d'après laquelle, bien que le monde soit soumis à la légalité, le Dieu tout-puissant législateur demeure toujours libre à l'égard de sa création[140]. Et elle trouve sa traduction juridico-politique dans l'idée de souveraineté, dont la nature propre se fonde sur la structure analogique de la décision divine, qui rompt avec sa propre légalité inscrite dans les lois naturelles, et de la décision politico-juridique souveraine, qui produit une rupture dans le cadre de la légalité positive. Sous cet angle, la place centrale accordée par la théologie politique schmittienne à la structure analogique du miracle et de l'état d'exception, provient certes du fait que l'une et

[139] Schmitt (1922), 1988, p. 45.
[140] G. Balakrishnan a nettement souligné la démarcation de Schmitt l'égard des traditions théologiques dominantes de l'Eglise, en particulier à l'égard de la tradition thomiste. Pour G. Balakrishnan, qui suit en cela l'hypothèse de W. Gurian, la description schmittienne de la stature politique de l'Eglise doit beaucoup à C. Maurras, à une époque où l'Action française est largement lue par une grande partie des élites intellectuelles européennes. Pour notre part, il nous semble que c'est bien davantage à De Maistre que Schmitt doive ces analyses, ainsi que nous allons le voir dans ce qui suit.

l'autre constituent le moment de la manifestation de la souveraineté, mais surtout de ce qu'elles expriment la nature propre de la relation qui lie la souveraineté, *absolue* et *transcendante*, avec la légalité – où la souveraineté est conçue comme une puissance extérieure et supérieure au droit qui en garantit la réalisation[141]. La pleine compréhension de la pensée théologico-politique permet alors de saisir le caractère propre du décisionnisme de Schmitt, conçu comme l'expression systématique d'un authentique « type de scientificité ».

En effet, si l'on accepte de distinguer, conformément à la typologie retenue par Böckenförde[142], la théologie politique juridique de la théologie politique institutionnelle, la théologie politique développée dans l'ouvrage de 1922 est juridique, et non institutionnelle, ainsi qu'elle le sera en revanche dans *Römischer Katholizismus und politische Form* (Catholicisme romain et forme politique) et ainsi qu'elle s'esquisse dans *la Valeur de l'Etat et la Signification de l'individu*. La théologie institutionnelle fait de l'Eglise un modèle politique permettant de penser la nature propre de l'Etat, ce dont il n'est pas question dans *Théologie politique*. Au contraire, la théologie politique juridique développe l'idée d'une structure analogique entre la pensée théologique et la pensée juridico-politique[143]. De telle sorte que, si elle trouve sa source historique dans un transfert du théologique vers le politique, c'est bien son insertion au sein d'une conception générale du monde qui lui donne structure systématique :

> « Tous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'Etat sont des concepts théologiques sécularisés. Et c'est vrai non seulement de leur développement historique, parce qu'ils ont été transférés de la théologie à la théorie de l'Etat – du fait, par exemple, que le Dieu tout-puissant est devenu le législateur omnipotent –, mais aussi de leur structure systématique, dont la connaissance est nécessaire pour une analyse sociologique des concepts. »[144]

La pensée théologique est donc à la fois l'origine historique de la théorie politique qui a donné naissance à l'Etat moderne et la forme générale de la pensée qui lui a *définitivement*

---

141 « La situation exceptionnelle a pour la jurisprudence la même signification que le miracle pour la théologie. » : Schmitt (1922), 1988, p. 46.
142 *Cf.* Paléologue, 2004, p. 24.
143 La puissance analyse de J.-F. Kervégan a nettement écarté les thèses qui font de la théologie ainsi que de sa foi catholique le noyau de la pensée de Schmitt : « Chrétien fervent, mais adversaire théorique de la théologie politique, ou plus exactement de ses implications politiques possibles dans le contexte politique moderne : tel apparaît C. Schmitt qu'on ne saurait donc qualifier sans autre forme de procès de théologien politique. Le point de référence de sa pensée est l'Etat moderne, instance de rationalité juridique, qui a su faire obstacle à l'expansion des conflits tant qu'il s'est montré capable de s'assurer du "monopole du politique". » : Kervégan, 1995b, p. 211. *Cf.* également Colliot-Thélène, 1995, p. 217.
144 Schmitt (1922), 1988, p. 46.

donné sa structure systématique[145]. L'essentiel étant ici que, si l'on peut faire le constat historique d'un transfert du théologique vers le juridico-politique, le premier n'est cependant pas à l'origine de la structure sociopolitique réelle, mais, ainsi que le souligne Théodore Paléologue, le « point de vue du parallélisme de structure implique, au contraire, la synchronie : dans sa structure, la pensée théologique est aussi juridique que la pensée juridique est théologique »[146]. Par suite, la théologie politique ne peut être comprise, pour Schmitt, comme une conception du monde historiquement périmée. Elle est au contraire une forme de pensée du politique qui trouve sa traduction dans la structure même de l'Etat moderne et conserve donc une actualité dont le juriste va s'attacher à dégager les grandes lignes sur deux axes argumentatifs. Sur un premier axe, Schmitt expose la permanence d'une réflexion théologico-politique consciente depuis le XVIe siècle, qui part de Leibniz, qui se développe de manière systématique chez les philosophes de la contre-révolution, Donoso Cortès, De Maistre et Bonald, et qui aboutit finalement à sa propre théorie[147]. Sur un second axe, Schmitt montre la permanence de la structure théorique théologico-politique au sein de la pensée juridique qui lui est contemporaine, ne serait-ce que sous la forme des dénonciations polémiques qu'elle engendre[148] :

> « A l'âge positiviste, on fait volontiers grief à son contradicteur scientifique de s'adonner à la théologie ou à la métaphysique. S'il s'avérait que le grief soit plus qu'une simple insulte, on aurait pu au moins se demander d'où venait la tendance à semblables déviations théologiques et métaphysiques ; il aurait fallu examiner si elles sont explicables par l'histoire, peut-être comme un vestige monarchique de l'Etat, qui identifiait le Dieu théiste avec le roi, ou encore s'il n'y avait pas à leur base des nécessités systématiques ou méthodiques. »[149]

Une analyse dont il faut bien mesurer la portée. Car il s'agit certainement de montrer qu'en dépit de la volonté dominante des juristes de tenir à l'écart du droit et de l'analyse juridique tout élément de nature théologique, l'analogie qui relie la conception théologique

---

[145] Dès 1921, le point de vue adopté par Schmitt sur la question de la souveraineté s'articule sur un double plan qui n'est pas sans rapport avec sa théologie politique ultérieure, car, d'un côté, Schmitt montre que l'Etat de droit présuppose que l'unité de l'Etat soit déjà établie par l'absolutisme – d'un point de vue historique ; et, de l'autre côté, le juriste montre que, en dépit des efforts qui accompagnent l'essor de l'Etat de droit en vue d'écarter tout exercice du pouvoir illimité juridiquement, la dictature est demeurée au XIXe siècle l'exercice absolu, quoique exceptionnel, du pouvoir, de telle sorte que l'articulation de la souveraineté et de la dictature apparaît comme constitutive de l'Etat moderne – d'un point de vue plus structurel cette fois.
[146] *Cf.* Paléologue, 2004, p. 29.
[147] Schmitt (1922), 1988, pp. 46 et 47.
[148] Notons d'ailleurs que l'origine même de la notion de théologie politique provient, selon J.-F. Kervégan, de Bakounine. Kervégan, 1995b, p. 203.
[149] Schmitt (1922), 1988, p. 48.

du Dieu législateur tout-puissant et la théorie juridique de l'Etat demeure intacte[150]. Mais il s'agit également de souligner le caractère second et polémique de la pensée rationaliste : le fait qu'elle se soit construite comme la *négation générale* de la structure synchronique théologique.

Et en effet, pour le juriste, l'essor du rationalisme émerge avec le déisme, qui rejette le miracle ainsi que toute idée de rupture au sein des lois de la nature, de même qu'il exclut toute intervention directe du souverain dans l'ordre juridique[151] et se développe ensuite sous l'*Aufklärung*, qui « condamna l'exception sous toutes ses formes »[152]. Contre l'irrégularité et la transcendance caractéristique de la pensée juridique théologico-politique, le rationalisme se déploie sous la forme d'une théorie politico-juridique de l'*immanence* et de la *régularité*. La pensée rationaliste est donc toujours aussi *mécaniste*, au sens où elle tend à croire que la régularité est un principe de réalisation du droit suffisant permettant d'abolir toute idée de transcendance. Par suite, il trouve son expression dans un type de scientificité dont la forme est par essence contraire au type décisionniste :

> « On peut dire qu'il existe deux types de scientificité juridique ; on peut les définir selon le degré de dépendance ou de non-dépendance d'une conscience juridique par rapport à la spécificité normative de la décision juridique. »[153]

Le type de scientificité rationaliste procède donc structurellement du rejet de la scientificité décisionniste et de la conception générale du monde qu'elle exprime, où les principes de la transcendance et de l'irrégularité sont au fondement de l'unité effective d'un ordre quelconque. C'est ce dont témoigne à ses yeux la relative homogénéité des théories antiautoritaires examinées précédemment, où l'étude de la notion de forme juridique chez Kelsen comme dans les théories coopératives montre d'abord l'adhésion de l'ensemble de ces théories à une même conception de l'objectivité du droit. Celle-ci se structure autour de l'idée d'après laquelle le rejet de tout élément subjectif (personnaliste) suffit à fonder l'objectivité de l'ordre juridique ; une thèse qui ne se réduit pas au simple constat du

---

[150] « Mais qui se donne la peine d'examiner, jusque dans ses ultimes concepts et arguments, la littérature de droit public concernant la jurisprudence positive, s'aperçoit que l'Etat intervient de toutes parts : tantôt comme un *deus ex machina* traversant la législation positive, il tranche une controverse que l'acte libre de la connaissance juridique a été incapable de conduire jusqu'à une solution évidente pour tous ; tantôt il est là comme la bonté et la miséricorde mêmes, comme celui qui montre, en accordant grâces et amnisties, sa supériorité sur ses propres loi. » : Schmitt (1922), 1988, p. 48.

[151] Schmitt (1922), 1988, p. 46.

[152] Schmitt (1922), 1988, p. 46.

[153] Schmitt (1922), 1988, p. 43.

caractère rationnel du droit à une époque de rationalisation du droit et de l'Etat, mais qui suppose une forme de *croyance* dans le fait que la rationalité du droit est aussi source de son objectivité. Cette croyance s'expose pleinement dans la tradition de l'Etat de droit, « qui est toujours parti du fait que seule une proposition juridique générale est en droit de s'imposer »[154], mais qui procède surtout d'une conception générale du monde ou d'une métaphysique dominée par les sciences de la nature :

> « Car à la base de l'identification [par Kelsen], concernant l'Etat de droit, entre Etat et ordre juridique, il y a une métaphysique qui identifie légalité de la nature et légalité normative. Elle est issue d'une pensée exclusivement marquée par les sciences de la nature, elle repose sur le rejet de tout "arbitraire" et cherche à expulser toute exception du domaine de l'esprit humain. »[155]

Issue de la conception rationaliste qui a présidé à l'essor des sciences de la nature à partir du XVII[e], une telle métaphysique fait de la nécessité logique ou scientifique le critère même de l'objectivité des lois naturelles, où ce qui est rationnel doit être aussi objectif. Et elle trouve ensuite son expression politique dans l'identification progressive de la validité d'une règle et de son objectivité :

> « Depuis ce temps, la logique de la pensée exclusivement fondée sur les sciences de la nature s'impose aussi dans les représentations politiques et refoule la pensée juridique-éthique qui prédominait encore dans l'*Aufklärung*. La validité générale d'une proposition est identifiée à la légalité de la nature, qui est valide sans exception. »[156]

L'essentiel consistant ici dans le fait que l'identification de l'objectivité d'un concept avec sa rationalité est conçue par le juriste comme une forme de pensée métaphysique qui structure l'*ensemble des théories scientifiques*. C'est pourquoi cette pensée s'exprime plus profondément dans la croyance d'après laquelle il serait possible d'éliminer toute exception du monde réel, conformément aux lois de l'esprit :

---

[154] Schmitt (1922), 1988, p.43.

[155] Schmitt (1922), 1988, p.50. *Cf.* également la critique que Kaufmann développe à l'égard de la théorie de Kelsen : « [If] Kelsen is convinced that the purification of *concepts* according to the ideal of a world-law monism could contribute anything to the *realization* of that ideal, this is a conviction that can only be based on a radically "logicistic" metaphysics (*logizistische Metaphysik*)…. The metaphysics of this rationalistic logicism is so grotesque as to take on something of the grandiose. » : Erich Kaufmann, *Kritik der neukantianischen Rechtsphilosophie*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1921, p. 29. Cité in Paulson, 1993, p. 273.

[156] Schmitt (1922), 1988, p. 57.

> « Mais la possibilité d'éliminer effectivement du monde le cas d'exception extrême n'est pas un problème juridique. La confiance ou l'espoir qu'on puisse réellement le supprimer dépendent de convictions qui relèvent notamment de la philosophie de l'histoire ou de la métaphysique. »[157]

Une telle affirmation ne fait pas seulement le constat de l'impossibilité d'éliminer l'exception au regard des événements historiques antérieurs. Bien plus profondément, il s'agit pour Schmitt de montrer la portée métaphysique du rejet de l'exception, qui repose sur une conception rationaliste du monde[158]. Dans ce cadre, la mise à l'écart de la question de la réalisation du droit dans la théorie normativiste ne peut plus être simplement comprise comme un échec théorique : elle repose au contraire sur cette définition rationaliste de l'objectivité, qui voit dans la nécessité scientifique le critère même de l'objectivité du droit. En d'autres termes, Kelsen n'aurait pas seulement développé une théorie prescriptive sous la forme d'une simple science descriptive tout en adoptant la distinction kantienne du *Sein* et du *Sollen*, mais il aurait transféré le concept de causalité issu des sciences de la nature vers la science normative du droit en prétendant implicitement faire de l'objectivité des concepts juridiques la source de leur effectivité[159]. Schmitt reproduit donc la critique émise à l'encontre de l'idéalisme kantien et du gouffre qu'il engendre entre la représentation et le réel, mais en l'inscrivant au sein d'une conception métaphysique du monde non assumée en raison des prétentions scientifiques dont le rationalisme est porteur. C'est pourquoi la véritable contradiction qui pèse sur le normativisme est selon lui d'ordre *méthodologique*. Elle consiste à ne pas trancher entre une argumentation rigoureusement logique, mais qui ne peut prétendre à aucune objectivité, et une argumentation qui relève aux yeux de Schmitt d'une métaphysique, laquelle fonde seule en dernière lieu les prétentions à l'objectivité de son système juridique :

> « Kelsen se contredit lui-même : d'un côté, il prend pour point de départ cette notion subjective de forme à laquelle est parvenue la critique et il interprète l'unité de l'ordre du droit comme un acte

---

[157] Schmitt (1922), 1988, p.17.

[158] Ainsi, bien que Schmitt dénonce les objectifs politiques – en particulier libéraux – de ces théories, la stratégie argumentative adoptée par le juriste ne consiste pas à dévoiler les « arrière-pensées » libérales qui animent la pensée rationaliste de l'objectivité sous la forme d'un renversement de lecture déjà classique, issu en particulier de la critique marxiste, qui décèle sous l'universalisme abstrait des droits de l'homme l'idéologie de la bourgeoisie libérale. Pour Schmitt, la rationalité scientifique n'est pas le masque d'intérêts idéologiques, mais elle est au contraire intrinsèquement porteuse d'une pensée de la régularité et de l'objectivité qui engage une *conception générale du monde* et trouve une traduction politique possible dans le libéralisme.

[159] « Dès qu'il fait un pas au-delà de sa critique méthodologique, Kelsen opère avec un concept de causalité intrinsèquement issu des sciences de la nature. » : Schmitt (1922), 1988, p. 51.

> libre de la connaissance juridique ; mais ensuite, là où il fait profession d'une conception du monde, il réclame de l'objectivité, et il fait reproche de subjectivisme au collectivisme hégélien en personne. »[160]

Mais l'idée d'après laquelle la rationalité d'une règle est aussi le principe de son objectivité procède d'une *croyance*, dont la nature est d'ordre *métaphysique*. Par conséquent l'opposition des deux types de rationalité se résout en dernier lieu dans une alternative entre deux conceptions générales du monde qui ne possède pas, au regard de Schmitt, de solution scientifique, si l'on entend par là un système d'argumentation rationaliste. Augustin Simard ironise d'ailleurs sur la revendication de scientificité de la sociologie schmittienne, et met en lumière l'inversion stratégique dont elle procède. Car tout effort visant à écarter les prétentions à la scientificité de la théorie de Schmitt doit être issu de la conception rationaliste de la science, dont Schmitt récuse le caractère de stricte méthode objective et neutre en la réinscrivant dans une conception générale du monde, de telle sorte que, sur ce terrain, son adversaire est relativement bloqué :

> « Schmitt connaît également le talon d'Achille de cette pensée du désenchantement : son impuissance face à une théorisation se réclamant ouvertement de la "métaphysique" et érigeant l'hypostase conceptuelle en principe de la connaissance. »[161]

Les deux types de scientificité, qui engagent deux conceptions générales rivales, doivent donc être conçus comme des types de scientificité concurrents, entre lesquels nul *argument* ou *procédé démonstratif* rationaliste ne peut trancher. Il devient au contraire nécessaire de penser conjointement les principes méthodologiques et les choix argumentatifs qui se déploient dans une théorie et la conception générale du monde sur laquelle elle repose. En adhérant aux principes méthodologiques rationalistes comme à la forme nécessaire de la pensée scientifique, Weber aurait donc manqué le véritable enjeu de la sociologie du droit, qui consiste précisément à dégager la conception générale du monde qui forme l'assise de la théorie juridique d'une époque et ne procède d'aucune nécessité matérielle ni spirituelle mais seulement d'un *jugement en valeur dominant*. La sociologie schmittienne des concepts se démarque donc de la neutralité axiologique de Weber et engage au contraire la possibilité d'une *évaluation* de la conception générale du monde, en adoptant un autre

---

[160] Schmitt (1922), 1988, pp. 39 et 40.
[161] Simard, 2009, p. 112.

point de vue que celui de la rationalité scientifique neutre et objective[162]. Ainsi, la sociologie du droit développée par Schmitt est une *sociologie engagée*, au sens où, contre la neutralité scientifique de Weber, elle en appelle à un choix entre deux types de scientificité, et, de manière plus générale, entre deux conceptions du monde, l'une rationaliste et immanentiste et l'autre théologico-politique[163]. Pour Schmitt, ce choix ne peut être fondé sur un savoir ou déterminé par la nature propre et les progrès de la connaissance scientifique, mais qu'il relève d'un *choix en valeur* entre deux conceptions du monde.

Et nous allons voir que c'est l'idée d'après laquelle une époque de luttes sociales nécessite un authentique choix en valeur qui va permettre au juriste de renverser la structure argumentative qui ordonnait jusque-là l'ouvrage autour de la critique du rationalisme libéral. Car le dévoilement du caractère métaphysique de toute conception générale du monde laisse apparaître la fragilité substantielle du rationalisme, qui, faute d'assumer les thèses anthropologiques qui seraient susceptibles de garantir son fondement, ne peut répondre aux attentes de l'époque. L'opposition du décisionnisme et du normativisme, de la théologie-politique et du rationalisme, laisse paraître une opposition plus essentielle entre les théories politiques fondées sur l'hypothèse de la méchanceté humaine et celles qui prennent au contraire appui sur la bonté humaine. Mais que l'on ne s'y trompe pas. Derrière cette opposition, ce qui est en jeu, c'est l'opposition des théories politiques

[162] Pour C. Colliot-Thélène, Schmitt construit l'opposition de la pensée théologique et de la pensée rationaliste sous la forme d'une opposition entre une pensée encore capable de se donner des valeurs, et par suite de fonder une pratique, et une pensée technique-scientifique impuissante face aux ordres objectivés de la bureaucratie et de l'économie : « La théologie, discours rationnel ancré dans la transcendance, ou bien la science technique-fonctionnaliste, rejeton ultime des représentations de l'immanence pour lesquelles la philosophie idéaliste allemande du XIXe siècle avait déjà préparé la voie : tels sont, aux yeux de Schmitt, les pôles qui déterminent le champ dans lequel la science du droit doit se situer. Autant dire que le juriste n'a pas d'autre choix que d'être théologien s'il veut conserver à la pensée du droit le statut d'une science pratique, c'est-à-dire d'une science capable d'assigner ses fins à l'être collectif, et par là d'orienter l'action. » : Colliot-Thélène, 1995, p. 226. Une interprétation très fine de la sociologie schmittienne, mais qui nous semble survaloriser la critique de la neutralité scientifique aux dépends de la question de la réalisation du droit, qui met en jeu, selon nous, une profonde remise en cause des théories de l'immanence, ainsi que nous allons le voir.

[163] Il serait alors possible de défendre l'idée d'après laquelle la théorie de la souveraineté schmittienne procède d'un effort de « re-théologisation », par opposition au processus rationaliste qui s'est développé contre la pensée théologico-politique. Mais il ne s'agit pas alors seulement de faire le *constat* d'après lequel la théologie est source de notre conception du politique, comme Weber a montré que le capitalisme trouve ses sources dans le protestantisme, mais bien davantage de dénoncer ce processus, qui, parce qu'il ruine la structure théologico-politique qui fonde l'Etat moderne, doit conduire à la catastrophe, soit, nous allons le voir, au chaos et à la guerre civile. En ce sens, l'affirmation de Jean-Louis Schlegel d'après lequel « il n'est peut-être pas exagéré de dire que ce que Max Weber a voulu démontrer sur le terrain économique à partir du protestantisme, Schmitt le tente sur la sphère politique à partir du catholicisme », nous semble en-deçà des objectifs stratégiques du juriste, qui ne vise pas à établir une sociologie « scientifique » du droit, mais bien une « sociologie engagée ». *Cf.* Schlegel, 1988, p.v.

fondées sur un principe de transcendance du pouvoir – sur l'idée de la souveraineté – et des théories immanentes, articulées autour d'un principe d'auto-organisation politique. En d'autres termes, en pénétrant dans le champ de l'anthropologie, *Schmitt décèle derrière les théories rationalistes mécanistes tout comme derrière les thèses naturalismes anarchistes, une même conception du politique structurée autour de l'idée de l'auto*-organisation *politique contre le principe de la transcendance du pouvoir*.

Nous allons voir alors que l'usage pour le moins douteux des théoriciens de la contre-révolution donne toute sa portée à ce qui constitue une véritable antinomie politique au regard du juriste ; car, pour De Maistre comme pour Donoso, c'est l'apport propre de la Révolution et de la République, soit de la légitimité démocratique, d'avoir ruiné le principe même de la souveraineté comme pouvoir absolu et transcendant. De telle sorte que ce que Schmitt attaque, en se glissant dans les pas des philosophes de la contre-révolution et sans contester pourtant l'avènement de la légitimité démocratique, est une certaine conception de la démocratie que nous qualifierons de *théorie de l'immanence démocratique*, et qui se développe autour de l'idée d'après laquelle c'est dans l'auto-organisation de la société que consiste véritablement la démocratie par opposition à toute conception théologico-politique du pouvoir.

III. La dictature contre l'immanence démocratique : Schmitt, théoricien de la contre-révolution

A. Le fondement anthropologique de la « mentalité révolutionnaire » dans la contre-révolution

Il est essentiel de souligner le caractère très provocateur de la mobilisation des auteurs de la contre-révolution au début des années 20. La nature même des écrits de De Maistre, par leur contenu et leur formulation virulente, fait en soit déjà largement obstacle à leur réception[164] ; et ce que l'on peut affirmer des propos de De Maistre ne peut être que redoublé concernant ceux de Donoso Cortès. Cet aspect provocateur s'amplifie en outre s'il est envisagé dans le contexte des années 20 qui suivent tout juste la révolution de 1919. Mais le juriste donne un *sens* à ce caractère provocateur. Car, pour Schmitt :

> « (…) ce qui distingue leur philosophie contre-révolutionnaire de l'Etat, *c'est la conscience que l'époque réclame une décision*, et c'est avec une énergie qui s'enfle jusqu'aux limites du possible entre les deux révolutions de 1789 et de 1848 que la notion de décision vient au centre de la pensée. »[165]

Il est certain que la conscience que les penseurs de la contre-révolution ont eu de l'urgence de la situation permet d'abord au juriste, par une correspondance ouverte entre sa propre position théorique et la situation des penseurs catholiques à une époque marquée par les révolutions, de se mettre lui-même en scène avec un mélange, habituel chez lui du reste, de provocation et de très grande érudition qui masque partiellement son objectif stratégique. Mais cette référence fournit aussi la clef de lecture de l'ouvrage. Car la conscience du caractère très houleux d'une époque de luttes sociales n'est évidemment pas le propre de la théorie contre-révolutionnaire : seule l'*amplitude* de leur conscience de la crise, qu'ils

---

[164] « L'œuvre de De Maistre n'offre pas seulement une critique des Lumières, elle manifeste aussi de l'humeur contre les Lumières, elle exprime même un véritable acharnement à leur encontre, un acharnement tel à vrai dire que la tentation est grande de ne pas le prendre au sérieux. » : Brahami, 2006, p. 136.

[165] Schmitt (1922), 1988, p. 62. Nous soulignons.

poussent jusqu'au théologique, les distingue et justifie pour Schmitt à la fois l'aspect très provocateur de leurs thèses et celui non moins provocateur de leur utilisation [166].

En effet, Schmitt interprète les vitupérations de De Maistre contre la Révolution comme le signe d'une conscience avertie des enjeux d'un tel bouleversement historique. Pour De Maistre, « l'esprit activiste de la Révolution » est effectivement dominé par une véritable foi dans le principe de l'autonomie de la raison, qui constitue le véritable fondement du nouvel ordre républicain. Or, De Maistre conteste justement la capacité de la raison individuelle à fonder un ordre quelconque selon une exigence d'autonomie :

> « Plus la raison humaine se confie en elle-même, plus elle cherche à tirer tous ses moyens d'elle-même ; et plus elle est absurde, plus elle montre son impuissance. Voilà pourquoi le plus grand fléau de l'univers a toujours été, dans tous les siècles, ce qu'on appelle Philosophie, attendu que la Philosophie n'est que la raison humaine agissant toute seule, et que la raison humaine réduite à ses forces individuelles n'est qu'une brute dont toute la puissance se réduit à détruire. »[167]

Pour De Maistre, la raison humaine est une faculté par nature limitée, qui ne peut prendre appui sur ses seules forces pour déterminer les fins et les valeurs nécessaires à l'orientation de l'activité humaine. Abandonnée à elle-même, la raison ne s'exerce jamais que sous une forme critique, laquelle est, selon lui, essentiellement destructrice[168]. C'est pourquoi, bien loin de pouvoir prendre appui sur l'autonomie de sa raison, l'homme a besoin, pour sa propre vie et, surtout, pour vivre avec les autres, de préjugés et de croyances, qu'il faut seulement préserver d'une perversion de la raison individuelle[169] :

> « La raison humaine réduite à ses propres forces individuelles est parfaitement nulle non seulement pour la création, mais encore pour la conservation de toute association religieuse ou politique, parce qu'elle ne produit que des disputes, et que l'homme, pour se conduire, n'a pas besoin de problèmes, mais de croyances. »[170]

---

[166] « Avec sa mentalité radicale, Donoso ne voit jamais que la théologie de l'adversaire. » : Schmitt (1922), 1988, p. 70.

[167] De Maistre (1790), 1992, p. 132-133.

[168] Ainsi, F. Brahami souligne-t-il que, bien loin de répéter le reproche classique porté contre la philosophie et qui consiste à dénoncer son impuissance verbeuse, il s'en prend au contraire à sa puissance destructrice et criminelle responsable de la Terreur révolutionnaire. Brahami, 2006, p. 137.

[169] « Nous savons la morale que nous avons reçue de nos pères, comme un ensemble de dogmes ou de préjugés utiles adoptés par la raison nationale. Mais, sur ce point, nous ne devons rien à la raison individuelle d'aucun homme. Au contraire, toutes les fois que cette raison s'en est mêlée, elle a perverti la morale. » : De Maistre (1790), 1992, p. 167.

[170] De Maistre (1790), 1992, p. 147.

Aux errements anarchiques de la raison individuelle, De Maistre oppose donc la recherche d'une conduite raisonnable, sous la direction de la Raison universelle ou nationale, elle-même fondée sur l'assimilation historique des dogmes religieux et politiques dominants[171]. Et la constitution d'un ordre politique stable et pacifié exige alors de s'en remettre à la tradition, qui peut seule imposer un solide principe de légitimité susceptible de fonder un rapport de domination durable[172]. Mais une telle critique de la raison individuelle exclut que l'obéissance puisse être fondée sur l'obligation qu'un individu se fait à lui-même d'obéir[173]. C'est pourquoi l'unité politique ne peut jamais venir que de l'exercice d'un pouvoir coercitif absolu s'exerçant *du dehors* sur des individus –donc, de l'existence d'un pouvoir souverain. Et, sous cet angle, la notion de souveraineté du peuple apparaît alors comme contradictoire.

L'avènement de la souveraineté populaire repose effectivement sur l'idée d'après laquelle le pouvoir n'est légitime que lorsqu'il est l'expression de la volonté générale, par laquelle chacun, obéissant à tous, n'obéit jamais qu'à soi-même. Aussi, seul l'accord de la volonté individuelle avec la volonté générale peut fonder la légitimité d'un quelconque commandement politique, de telle sorte que la notion même de souveraineté du peuple s'oppose à celle de souveraineté monarchique ou aristocratique comme la liberté de tous s'oppose à l'aliénation du plus grand nombre. Mais la notion même de souveraineté du peuple est contradictoire, pour De Maistre, puisqu'elle consiste à nier le fait même d'une puissance coercitive s'exerçant du dehors :

> « Nul peuple comme nul individu ne pouvant posséder une puissance coercitive sur lui-même, s'il existait une démocratie dans sa pureté théorique, il est clair qu'il n'y aurait point de souveraineté dans cet Etat : car il est impossible d'entendre par ce mot autre chose qu'un pouvoir réprimant qui agit sur le sujet et qui, lui, est placé hors de lui. »[174]

Si la démocratie se fonde donc bien sur le principe de l'autonomie individuelle, elle doit être définie comme une forme d'autogouvernement de la société : « *une association*

---

[171] « […] l'homme pour se conduire n'a pas besoin de problèmes mais de croyances. Son berceau doit être environné de dogmes. […] il n'y a rien de si important pour lui que les préjugés. » : De Maistre (1790), 1992, p. 147.

[172] Schmitt note également que pour Bonald : « La tradition est à ses yeux l'unique possibilité d'acquérir le contenu que la foi métaphysique de l'homme puisse accepter, car l'entendement de l'individu est trop faible et misérable pour reconnaître la vérité à partir de lui-même. » : Schmitt (1922), 1988, p. 63.

[173] Sur la distinction des concepts politiques de consentement et d'obligation chez De Maistre, *cf.* Brahami, 2009, p. 141.

[174] De Maistre, (1770), 1992, p. 218.

d'hommes sans souveraineté »[175]. Mais, pour le philosophe de la contre-révolution, une telle auto-institution est contradictoire. Car le peuple même, comme *unité politique*, suppose l'existence d'une puissance souveraine garantissant l'obéissance des sujets[176] : il ne peut donc exercer une souveraineté dont il dépend préalablement pour son existence. C'est pourquoi ma souveraineté doit nécessairement être détenue par un individu ou un groupe d'individus distincts de ceux à laquelle elle s'applique :

> « Le peuple est souverain, dit-on ; et de qui ? De lui-même apparemment. Le peuple est donc sujet. Il y a sûrement ici quelque équivoque s'il n'y a pas une erreur, car le peuple qui commande n'est pas le peuple qui obéit. Il suffit donc d'énoncer la proposition générale : le peuple est souverain, pour sentir qu'elle a besoin d'un commentaire. »[177]

Par suite, le mode d'association démocratique peut seulement signifier deux choses : soit il correspond à une forme d'anarchie chaotique permanente, soit, plus vraisemblablement, il est une association d'hommes soumis à la souveraineté absolue de ses représentants[178]. Le principe de la souveraineté du peuple est donc seulement « métaphysique » pour De Maistre, puisque l'exercice effectif de la souveraineté est monopolisé par une aristocratie[179]. Et ainsi que le souligne Frédéric Brahami, ce que De Maistre remet en cause dans sa critique de la souveraineté démocratique, c'est bien l'exigence d'une *auto-institution de la société* :

> « Maistre a parfaitement circonscrit le principe fondamental de la modernité politique et juridique : l'auto-institution de la société par elle-même, le fantasme d'une autonomie morale et politique sans dehors. »[180]

---

[175] De Maistre, (1770), 1992, p. 217. *Cf.* également p. 218.
[176] « Le mot de peuple est un terme relatif qui n'a point de sens séparé de l'idée de la souveraineté : car l'idée de peuple réveille celle d'une agrégation autour d'un centre commun, et sans la souveraineté il ne peut y avoir d'ensemble ni d'unité politique. » : De Maistre, (1770), 1992, p. 105.
[177]De Maistre, (1770), 1992, p. 91.
[178]« La souveraineté *palpable* est tout entière entre les mains des représentants et du roi, c'est-à-dire des représentants électifs et du représentant héréditaire. Donc, jusqu'au moment où le peuple jugera à propos de se remettre, par l'insurrection, en possession de la souveraineté, elle est tout entière entre les mains de ceux qui l'exercent. » : De Maistre, (1770), 1992, p. 181.
[179] Non sans un certain pragmatisme, De Maistre proscrit donc l'esprit de révolte et défend la thèse d'une obéissance inconditionnelle à l'égard du souverain. Mais en outre, une fois acté qu'il n'existe pas de gouvernement qui ne soit despotique et que la souveraineté « aristocratique » du peuple n'est pas foncièrement différente de la souveraineté monarchique, il montre le caractère plus naturel, plus solide, et plus facilement tolérable de la seconde. *Cf.* Pranchère, 2004, p. 141.
[180] Brahami, 2009, p. 148.

Pour De Maistre, comme pour l'ensemble des auteurs de la contre-révolution, nul *ordre* politique n'est possible sans l'application d'un pouvoir souverain transcendant la société et susceptible de maintenir son unité. Ce qui signifie aussi que la démocratie, au moins tant qu'elle est comprise comme un système d'organisation immanent, fondé sur l'autonomie de la raison individuelle, ne peut consister en une *forme de gouvernement*, précisément parce *qu'elle est la négation même de l'idée de gouvernement*. On ne saurait mieux dire que De Maistre interroge ce qui fait également question pour Schmitt : à savoir la prétention caractéristique de la modernité de fonder un ordre politique quelconque sur *l'autonomie de la raison individuelle contre la transcendance du pouvoir*. Et c'est cette interrogation que Donoso Cortès mène à son terme, au regard de Schmitt, en dégageant les présupposés métaphysiques d'une telle idée de l'auto-organisation de la société, que nous caractériserons désormais de théorie de la démocratie comme immanence.

Donoso Cortès présente des thèses d'une extrême radicalité, en donnant à l'avènement de la souveraineté démocratique une portée à la fois métaphysique et apocalyptique, qui exige une décision et un combat sans compromis. Une telle radicalité provient d'abord, selon Schmitt, de l'évolution même de la situation historique. Car, pour De Maistre encore, tout comme pour Bonald, l'espoir d'un gouvernement des hommes fondé sur une légitimité traditionnelle est toujours possible. C'est pourquoi leur pensée est *conservatrice* au sens fort du terme, au sens où ils appellent de leurs vœux le retour du régime monarchique considéré comme le seul « régime naturel des sociétés »[181]. Pour Donoso Cortès, en revanche, la révolution de 1848 signifie nettement, comme il le proclame dans son célèbre discours sur la dictature prononcé devant les Cortès en 1849, la *disparition de toute légitimité traditionnelle*[182] :

> « Aussi a-t-on affaire à un événement d'une importance incommensurable quand l'un des représentants majeurs de la pensée décisionniste et un philosophe catholique de l'Etat, conscient, avec un radicalisme impressionnant, du noyau métaphysique présent dans toute politique, quand Donoso Cortès, donc, en vient à reconnaître, face à la révolution de 1848, que c'en est fini de l'époque du royalisme. Il n'y a plus de royalisme parce qu'il n'y a plus de rois. Et, pour cette raison, il n'y a pas davantage de légitimité au sens traditionnel. »[183]

---

[181] De Maistre (1790), 1992, p. 185. J.-Y. Pranchère a ainsi montré que, pour De Maistre, la révolution est non seulement illégitime dans son principe, mais en outre réversible en raison du caractère *naturel* de la souveraineté monarchique. *Cf.* Pranchère, p. 145.

[182] Donoso Cortès (1949), 1970.

[183] Schmitt (1922), 1988, p. 60.

Et c'est bien parce qu'il perçoit la victoire de la mentalité révolutionnaire qui prétend écarter tout principe de légitimité traditionnel au profit d'un principe d'auto-organisation immanent que le marquis de Valdegamas va vouloir ensuite montrer la portée apocalyptique d'un tel événement, dans l'objectif d'en appeler à la dictature contre le chaos.

En effet, Donoso Cortès défend, comme ses prédécesseurs, l'idée d'après laquelle la raison humaine est faillible, tout comme la volonté est faible, à l'encontre du principe d'autonomie de la raison caractéristique de la pensée des Lumières[184]. Mais le marquis de Valdegamas donne un contenu *théologique* à cet axiome anthropologique[185], en faisant de la méchanceté de l'homme le fruit de sa corruption par le péché originel[186]. Une affirmation dont la nature est d'abord *politique*, pour Schmitt, car il ne s'agit pas d'élaborer le contenu d'un dogme portant sur la nature de l'homme, mais bien de lutter contre l'ensemble des théories politiques reposant sur la bonté naturelle de l'homme[187] – l'anarchisme au premier plan :

> « Néanmoins, on avait sans doute tort de ne pas voir qu'il s'agissait pour Cortès d'une décision religieuse et politique d'immense actualité, et non de l'élaboration d'un dogme. Quand il parle de la méchanceté naturelle de l'homme, il vise dans un sens polémique l'anarchisme athée et son axiome de l'homme bon. »[188]

L'idée d'après laquelle seul un principe d'auto-organisation peut fonder une forme d'organisation politique juste présuppose que l'homme est apte à se gouverner lui-même, c'est-à-dire, pour Donoso Cortès, qu'il est naturellement bon ou au moins perfectible. Or, c'est bien cette thèse axiomatique que Donoso Cortès, à la suite de tous les philosophes catholiques entend nier : on ne peut fonder aucun ordre politique stable sur l'autonomie de la raison individuelle, non seulement parce que la raison laissée à elle-même est

---

[184] « Siendo esto así, es cosa clara que la libertad de discusión conduce necesariamente al error, como la libertad de acción conduce necesariamente al mal. La razón humana no puede ver la verdad si no se la muestra una autoridad infalible y enseñante ; la voluntad humana no puede querer el bien ni obrarle si no está reprimida por el temor de Dios. » (« S'il en est ainsi, il est clair que la liberté de discussion conduit nécessairement à l'erreur, comme la liberté d'action conduit nécessairement au mal. La raison humaine ne peut voir la vérité si nulle autorité maîtresse et infaillible ne la lui montre ; la volonté humane ne peut vouloir le bien ni le réaliser si elle n'est pas réprimée par la crainte de Dieu. ») : Donoso Cortès, « Cartas relacionadas con el discurso sobre la dictadura », in Donoso Cortès (1849), 1970, p. 325.

[185] Schmitt (1922), 1988, p. 70.

[186] Schmitt (1922), 1988, pp. 65 et 66.

[187] Schmitt (1922), 1988, p. 66.

[188] « Pour le rationalisme de l'*Aufklärung*, l'homme était par nature bête et inculte, mais on pouvait l'éduquer. » : Schmitt (1922), 1988, p. 65.

destructrice, mais plus profondément parce que la nature humaine est foncièrement corrompue ou mauvaise[189]. Ce qui ne signifie pas seulement que la *masse* des hommes est incapable de se gouverner, mais, ainsi que le relève Schmitt, que *tous* les hommes le sont, parce qu'ils sont foncièrement mauvais et égoïstes :

> « La stupidité des masses l'étonne autant que la vanité imbécile de leurs dirigeants. Sa conscience du péché est universelle, plus effrayante que celle d'un puritain. »[190]

Une thèse qui, par sa radicalité même, a pour objectif de récuser le principe d'un ordre démocratique immanent fondé sur l'autonomie de la raison, qui suppose inversement la bonté ou la perfectibilité de l'homme. C'est pourquoi le véritable combat politique que doit mener le catholicisme l'oppose, selon Donoso Cortès, non pas au libéralisme, qui écarte les questions métaphysiques portant sur la nature de l'homme, mais bien à l'anarchisme, qui fonde sa théorie sur une thèse axiomatique contraire et pleinement assumée dans sa portée politique : celle de la bonté de la nature humaine[191].

Bakounine perçoit pleinement l'enjeu politique des thèses anthropologiques qui affirment la méchanceté humaine, et l'assise métaphysique qui fonde toute théologie politique ne lui échappe pas – ce qui lui vaut d'ailleurs le respect contrasté de Donoso Cortès, qui voit dans l'anarchisme à la fois un véritable ennemi[192] et une authentique figure satanique[193]. Ainsi, toute thèse générale portant sur la méchanceté de l'homme justifie toujours par avance l'instauration d'un gouvernement, lequel est absolu en son essence dès lors qu'il s'agit de forcer les hommes à l'obéissance[194]. Il en est de même concernant l'affirmation de l'existence de Dieu, qui aliène l'existence de l'homme et soumet l'ordre terrestre à l'intervention d'un pouvoir absolu et transcendant. C'est pourquoi, aussi bien en ce qui

---

189 Sur ce point, en dépit de sa virulente critique de la théorie du bon sauvage de Rousseau, et de son affirmation d'après laquelle la question de la nature de l'homme ne peut être résolue par l'analyse de son hypothétique nature présociale, parce qu'il ne s'agit jamais que d'une question historique, De Maistre n'en développe pas moins le portrait très radical d'une nature humaine insatiable et incapable de se gouverner elle-même : « L'homme est insatiable de pouvoir ; il est infini dans ses désirs, et toujours mécontent de ce qu'il a, il n'aime que ce qu'il n'a pas. On se plaint du despotisme des princes ; il faut se plaindre de celui de l'homme. » : De Maistre, (1770), 1992, p. 204. *Cf.* également De Maistre (1770), 1992, p. 96.

190 Schmitt (1922), 1988, p. 67.

191 Donoso Cortès, 1859, p. 281.

192 « Le socialisme affirme que l'homme est bon, et la société malade. La réponse est fausse, mais la question est grandiose. » : Donoso Cortès, 1859, p. 285

193 Notons d'ailleurs que Bakounine pourrait accepter pleinement cette description, lui qui « loue ainsi en Satan "le génie émancipateur de l'humanité", ou encore "la seule figure vraiment sympathique et intelligente de la Bible" parce qu'il a invité les hommes à se mettre debout et à goûter au fruit de l'arbre de la connaissance du bien et du mal » : Angaut, 2009, p. 18. Les citations sont tirées des Œuvres complètes de Bakounine, Paris, Champ libre, 1974-1982, vol. VIII, p. 473.

194 *Cf.* Prévost, 2002, p. 235-236.

concerne la nature humaine que pour l'existence de Dieu, l'homme est tenu de faire un *choix*, qui engage la possibilité de sa propre liberté : car il faut reconnaître à la raison humaine les capacités nécessaires pour se rendre libre[195], si l'on veut défendre la possibilité même d'un ordre démocratique immanent. Ce qui constitue, pour Donoso Cortès, comme pour Schmitt, un choix en faveur de la *« bonté »* (*sana*, dit Donoso Cortès) de la raison humaine, contre les thèses théologico-politiques qui en appellent à la transcendance du pouvoir pour imposer l'ordre face au chaos et à la méchanceté humaine :

> « En revanche, pour les anarchistes consciemment athées, l'homme est décidément bon, et tout mal est la conséquence de la pensée théologique et de ses dérivés, qui renferment toutes les représentations de l'autorité, de l'Etat et du pouvoir. »[196]

De même, en présentant la réalité politique sous la forme d'une lutte dialectique qui oppose les forces réactionnaires au parti de la démocratie, Bakounine renverse la thèse cosmologique selon laquelle l'ordre naturel démontre l'existence d'un Dieu tout-puissant législateur, en synthétisant le conflit de la théologie et du socialisme sous la forme d'une alternative aporétique exigeant un *choix politique* :

> « Dieu est, donc il n'y a point de lois naturelles, et le monde présente un chaos. Le monde n'est pas un chaos, il est ordonné en lui-même, donc Dieu n'existe pas. »[197]

En d'autres termes, l'idée d'après laquelle la vie doit disposer d'un principe interne d'organisation répond à l'affirmation portant sur l'existence d'un Dieu législateur tout-puissant, qui présuppose déjà l'aliénation de l'homme et justifie ensuite l'instauration d'un gouvernement absolu. A l'encontre de toute théologie politique, Bakounine défend au contraire l'idée d'un ordre naturel, où « l'univers entier est soumis à un mouvement ascendant, qui voit se développer en son sein la solidarité inhérente aux différentes

---

[195] « Pour Bakounine, qui est en cela moins moraliste que philosophe de l'histoire ou évolutionniste, la question se pose en termes de capacités : l'humanité est-elle capable de parvenir à elle-même (entendons par là, sans aucun recours à la transcendance, que ce soit celle, théologique, d'un Dieu, ou celle, politique, de l'Etat) à un développement de ses capacités, à un accroissement de sa puissance d'agir, qui désigne le seul bien véritable ? » : Angaut, 2009, p. 23.

[196] Schmitt (1922), 1988, p. 65.

[197] Bakounine, *Œuvres*, t. III, p. 80. Cette argumentation est posée non pas sous la forme d'une alternative théorique, mais *pratique* : elle implique un *choix* qui engage la liberté même de l'homme, ainsi que le montre sa célèbre alternative opposant toute-puissance divine et liberté humaine : « Dieu est, donc l'homme est esclave. L'homme est libre, donc il n'y a pas de Dieu. – Je défie qui que ce soit de sortir de ce cercle et, maintenant, choisissons. » : Bakounine, *Catéchisme de la franc-maçonnerie moderne*. Cité par Max Nettlau, in *Œuvres*, t. I, Introduction, p. XXV.

espèces, mouvement qui a pour point culminant la liberté humaine »[198]. Et, par ce principe d'auto-organisation naturel, le philosophe anarchiste introduit donc le principe d'une *réalisation effective* d'un ordre social autorégulé ou d'une forme radicalement immanente de démocratie.

L'intérêt de Schmitt pour le conflit qui oppose les théoriciens de la contre-révolution aux anarchistes provient de la mise en lumière du double fondement anthropologique et métaphysique de toute théorie politique. Pour le juriste, une pensée du politique radicale et cohérente doit rendre raison des conditions de sa réalisation effective ; c'est pourquoi, toute théorie doit finalement prendre position sur la question de la nature de l'homme, qui conditionne la possibilité d'un ordre immanent ou au contraire la nécessité d'un pouvoir transcendant produisant l'ordre du dehors :

> « Toute idée politique prend d'une manière ou d'une autre position sur la "nature" de l'homme et présuppose qu'il est "bon pas nature" ou "mauvais par nature". »[199]

La réponse à cette question excède toute connaissance scientifique, si l'on entend par là une connaissance fondée sur l'expérience empirique : elle est une forme de *croyance* ou de *foi* qui constitue l'assise de toute pensée politique, et qui rend le conflit qui oppose le catholicisme et au socialisme athée définitivement insurmontable. Et cette croyance est toujours exactement proportionnée à la volonté politique de lutter ou au contraire de soutenir la nécessité d'une puissance étatique pour fonder l'unité politique :

> « En cas d'anarchisme déclaré, on discerne aisément combien étroitement la foi en la bonté native de l'homme est liée à la négation radicale de l'Etat, comme l'une est issue de l'autre, les deux se soutenant réciproquement. Au contraire, pour les libéraux, la bonté de l'homme ne représente rien de plus qu'un argument qui servira à mettre l'Etat au service de la société. »[200]

Cette thèse montre d'abord l'impossibilité d'écarter les questions métaphysiques portant sur la nature de l'homme ainsi que sur sa bonté ou sa méchanceté au moyen de techniques pragmatiques de gouvernement – et qui elle rejette donc la conception technique de la théorie politique. Mais, ensuite, Schmitt affirme que l'on ne peut écarter ou relativiser le principe coercitif d'un pouvoir s'appliquant du dehors à la société et fondant l'unité

[198] Angaut, 2009, p. 11.
[199] Schmitt (1922), 1988, p. 65.
[200] Schmitt (1931), 1992, p. 104.

politique qu'à la condition de présupposer que l'ordre existe déjà, en vertu d'un principe naturel de régulation. En d'autres termes, si Schmitt reconnaît au naturalisme de Bakounine le pouvoir de fonder l'unité systématique de la théorie politique anarchiste, puisqu'elle permet de rendre raison des conditions de sa réalisation effective, c'est au prix, pour Schmitt, d'une dépolitisation[201]. Car, c'est seulement dans les forces organisatrices de la vie même que réside le principe ultime des thèses anarchistes[202] qui récusent l'introduction de valeurs ou de normes s'imposant de l'extérieur à l'association des hommes :

> « Ces conséquences ultimes, Donoso les a constamment devant les yeux : il voit en effet qu'avec le théologique disparaît le moral ; qu'avec le moral, l'idée de politique disparaît ; et que la décision morale et politique se trouve prise dans l'en-deçà paradisiaque d'une vie immédiate, naturelle et d'une "corp"-oréité* sans problèmes. »[203]

Mais c'est bien cette « négation du politique », sous la forme d'un refus opposé à tout principe extérieur d'organisation s'appliquant à la société pour fonder et maintenir l'ordre politique qui constitue une véritable catastrophe pour Schmitt. Car « tous les jugements moraux mènent à la théologie et à une autorité : celle-ci assigne artificiellement une obligation (*Sollen*) étrangère, introduite du dehors, à la vérité et à la beauté naturelles et immanentes de la vie humaine »[204]. Ainsi, Schmitt récuse qu'une théorie politique immanente puisse fonder un ordre quelconque faute de pouvoir imposer des valeurs ou des normes permettant de fonder l'unité politique – sauf à absolutiser l'ordre naturel. On ne peut donc céder au principe de l'autonomie individuelle et à l'idée d'une forme immanente du pouvoir sans renverser le fondement même de la domination politique, qui peut seule fonder un ordre concret. Mais, dès lors, c'est bien *la possibilité même d'un ordre démocratique qui est en jeu*, au sens où la démocratie repose sur une conception immanente de l'organisation, où le peuple qui gouverne est identique au peuple gouverné, et où, à l'extrême, il n'existe plus de gouvernement du tout. Si le caractère éminemment

---

201 Soulignons que parce qu'il assimile le qualificatif de politique à celui d'étatique, Bakounine lui-même invite le prolétariat à s'émanciper du politique. Angaut, 2009 pp. 33-34.

202 En ce sens, il nous semble que Robert Howse fait un contresens lorsqu'il affirme que les distances que Schmitt prend à l'égard de Donoso Cortès sont dues à l'incapacité de ce dernier à produire une véritable pensée organique : « The exaggerated or undifferentiated account of evil in Cortès and other conservatives like Maistre may be related to a defect in their thought to which Schmitt points us – they were incapable of "organic" thinking, that is unable to comprehend the "mutual penetration of opposite". » : in Dyzenhaus, 1998, p. 64.

203 Schmitt (1922), 1988, p. 73.

204 Schmitt (1922), 1988, pp. 72 et 73.

politique de cette analyse doit être souligné, c'est donc d'abord par sa nature radicalement *antidémocratique*, au sens où ce qu'il s'agit d'établir pour les penseurs de la contre-révolution, comme pour Schmitt, c'est bien l'incapacité des hommes comme individus laissés à leur propre rationalité ainsi qu'à leurs valeurs subjectives non seulement de *bien* se gouverner, mais, plus radicalement, de se gouverner tout court.

Dans son ouvrage déjà classique *la Haine de la démocratie*, Jacques Rancière dégageait les principaux caractères de ce portrait indéfiniment répété de l'« homme démocratique », incapable par nature de se gouverner raisonnablement ainsi que d'agir dans l'objectif de réaliser le Bien public. Ce portrait, dont on trouve l'une des premières esquisses magistrales chez Platon, permet d'établir l'opposition radicale de la démocratie avec l'idée d'un gouvernement ordonné :

> « La loi démocratique n'est ainsi [pour Platon] que le bon plaisir du peuple, l'expression de la liberté d'individus qui ont pour seule loi les variations de leur humeur et de leur plaisir, indifférentes à tout ordre collectif. Le mot de démocratie alors ne signifie pas simplement une mauvaise forme de gouvernement et de vie politique. Il signifie proprement un style de vie qui s'oppose à tout gouvernement ordonné de la communauté. »[205]

C'est bien ce portrait, porté à ses limites théologiques, qui se trouve mis en scène par le verbe méprisant de Donoso Cortès, lequel ne se demande pas si la démocratie est un bon ou un mauvais gouvernement, mais *si elle est compatible avec l'établissement d'un quelconque ordre politique*[206]. La critique portée par Schmitt contre le rationalisme libéral doit alors être comprise à la lumière de cette réflexion portant sur la possibilité même d'un ordre démocratique. *Car, si la domination de la conception rationaliste pose problème, c'est d'abord parce qu'elle est porteuse d'une conception du pouvoir contraire à la pensée*

---

[205] Rancière, 2005, p. 42. Nous soulignons.

[206] Sur cette question, on peut d'ailleurs s'interroger sur les limites de l'irrationalisme de la tradition contre-révolutionnaire, et, en particulier, sur l'irrationalisme de Schmitt. Ainsi, A. Doremus distingue-t-il deux formes d'irrationalité : le non-rationnel et le suprarationnel. « Dans l'Etat, affirme Doremus, l'opposition entre *ratio* et irrationnel concerne toujours la mise en ordre d'un matériau d'Etat imprévisible et, de ce fait, à manipuler avec beaucoup d'attention : elle concerne la masse du peuple soumise à des inspirations de sa façon, c'est-à-dire à des impulsions spontanées de la volonté, le plus souvent matérielles dans leur origine et leurs visées. En théologie, l'opposition indique la relation du légal et de l'institutionnel par rapport aux inspirations d'un ordre supérieur, créateur et spirituel : elle indique la relation au divin, au saint et au miraculeux, à la révélation ». Et Doremus de poursuivre plus loin : « Cela étant dit, je vois comme Schmitt la rationalité de l'Eglise dans sa relation à l'"Etat", mais comme un irrationaliste dans les questions théologiques. » : Doremus, 2004, pp. 86 et 87. Nous pensons effectivement que Schmitt maintient un principe de rationalité étatique face à l'irrationalité, c'est-à-dire au désordre du peuple lié à la pluralité des opinions – par quoi il s'inscrit dans une longue tradition antidémocratique. Son irrationalisme théologique lui permet, en revanche, de déjouer l'idée d'une auto-organisation mécanique et démocratique de la société. Ce point sera développé sur ce point un peu plus loin.

théologico-politique[207]*, sans pourtant percevoir nettement les implications politiques d'un tel choix métaphysique à l'heure de la domination de la légitimité démocratique et des luttes sociales*. Ainsi, comme nous y reviendrons par la suite, la critique de la neutralité et de l'impuissance du rationalisme libéral chez Schmitt est conditionnée par ses attaques contre la démocratie.

Pourtant, contrairement aux théories contre-révolutionnaires de De Maistre et de Donoso Cortès, Schmitt prend acte de la domination du principe de légitimité démocratique. A ses yeux, il n'est plus possible de brandir la menace d'une dictature face aux prétentions démocratiques, au risque de sombrer dans une radicalité impuissante, comme en témoigne la théorie de Donoso Cortès. Car, en refusant purement et simplement le principe de la légitimité démocratique tout en reconnaissant la fin de la légitimité monarchique, ce dernier aboutit à une théorie radicalisée de la dictature *dénuée de toute légitimité*. Nous verrons alors que c'est dans l'espace étroit qui sépare le refus pur et simple de la démocratie de l'acceptation du principe de légitimité démocratique que Schmitt va tenter de reconstruire la souveraineté dans un cadre démocratique en prenant appui sur la pensée de l'exception.

B. La dictature comme instrument de reconquête de la légitimité chez De Maistre et la dictature sans légitimité de Donoso Cortès

En dépit de son adhésion aux principes anthropologiques qui fondent la pensée de la contre-révolution, ainsi qu'à sa construction théologico-politique, la radicalisation des thèses de Donoso Cortès témoigne également pour Schmitt des limites de la pensée réactionnaire face au constat de la domination de la « mentalité révolutionnaire ». Sans doute Schmitt fait-il gloire aux penseurs de la contre-révolution d'avoir véritablement compris la nature propre de la révolution, qui renverse tous les principes de légitimité traditionnels et instaure une situation de crise de l'autorité. Sans doute, aussi, le juriste professe-t-il son admiration pour la radicalité de l'engagement de De Maistre ou de

[207] « A cet égard, le libéral se rapproche de l'anarchisme, avec cette différence toutefois qu'il ne va pas de manière conséquente jusqu'au terme de son raisonnement et se refuse à rejeter radicalement l'Etat. » : Baumert, 2009b, p. 146.

Donoso Cortès, y compris dans leurs excès verbaux, qui relèvent d'abord pour Schmitt d'une forme de résistance politique à une époque où la nécessité d'une décision est impérative. Néanmoins, « la logique de leur engagement »[208], qui repose sur le constat amer de la victoire de la pensée révolutionnaire, détermine « l'évolution qui va de De Maistre à Donoso Cortès – de la légitimité à la dictature »[209], et qui conduit les auteurs à abandonner le principe de légitimité qu'ils s'étaient promis de défendre.

Une telle inflexion d'une pensée de la légitimité vers l'idée d'une dictature se dessine d'abord chez De Maistre lui-même, pour lequel la souveraineté démocratique est pourtant parfaitement contradictoire et qui peut encore penser qu'une restauration monarchiste est possible.

En effet, le souverain possède, pour De Maistre, un droit légitime à user de la dictature en vue de préserver son existence : parce que l'ordre public et l'unité politique dépendent du salut de la souveraineté, le « souverain *peut* et *doit* se préférer à tout » et, par suite, le souverain peut légitimement recourir à des moyens extraordinaires pour sa propre sauvegarde, dont Jean-Yves Pranchère a montré qu'ils comprennent également l'ensemble des moyens illégaux nécessaires à cet objectif[210]. Certes, le souverain se doit de tenir la politique la plus morale possible ; néanmoins, la morale et le droit peuvent être suspendus en vertu de la « grande loi du salut public » et céder la place à la dictature au nom de ce que De Maistre qualifie de « raison d'Etat ». Or, face à la montée des revendications révolutionnaires et à la proclamation du principe de souveraineté populaire, la question d'un tel recours à la dictature doit se poser dans toute sa radicalité. Car, pour De Maistre, ainsi que nous venons de le voir, la destruction de la légitimité monarchique par la rationalité révolutionnaire n'a pas engendré une nouvelle forme de souveraineté. Au contraire, en brisant les croyances qui permettaient seules de fonder un authentique

[208] Schmitt (1922), 1988, p. 74.
[209] Schmitt (1922), 1988, p. 65.
[210] En effet, dans ses *Lettres à un gentilhomme russe sur l'inquisition espagnole*, De Maistre soutient que « jamais les grands maux politiques, jamais surtout les attaques violentes portées contre le corps de l'Etat, ne peuvent être prévenues ou repoussées que par des moyens pareillement violents. (…) Dans tous les dangers imaginables, tout se réduit à la formule romaine : *Videant consules, ne respublica detrimentum capiat*. Quant aux moyens, (tout crime excepté), le meilleur est celui qui réussit. » : De Maistre, 1850, p. 869. En dépit de la dernière phrase, J.-Y. Pranchère note que la formule latine est celle du sénatus-consulte ultime de – 121 par lequel le Sénat romain déclara le tribun de la plèbe Caius Gracchus ennemi de l'Etat et ordonna son exécution. Or, le Sénat romain préféra le pouvoir d'un dictateur à celui d'un consul, sans qu'existe pourtant le cadre juridique nécessaire à l'exercice légal de la dictature. J.-Y. Pranchère en conclut donc que l'on « (…) peut voir dans ce choix l'indication que l'état d'urgence dont le pouvoir souverain doit parfois décider peut véritablement signifier la suspension de toute loi et que le souverain doit s'instituer alors dictateur en un sens où manque l'aspect légal qui caractérisait la dictature dans la Rome républicaine. » : Pranchère, 2004, p. 179.

principe de légitimité, elle ne donne naissance qu'à une assemblée chaotique et anarchique d'individus isolés et égoïstes[211]. Reste qu'en l'absence d'une véritable légitimité monarchique, la dictature n'est plus seulement l'instrument provisoire de la défense du souverain légitime mais l'outil durable de la reconquête du pouvoir *et de la légitimité*. Certes, De Maistre ne confond pas la sauvegarde de la souveraineté et celle du souverain, qui a pour devoir d'assurer la préservation de la souveraineté dont l'exercice lui a été confié, et il développe sa théorie de la dictature sur le modèle du miracle, et non pas sur celui du calcul proportionné des moyens et des fins. C'est pourquoi De Maistre propose moins une théorie de la raison d'Etat qu'une théorie de la dictature, dont l'objectif n'est pas, comme le souligne Jean-Yves Pranchère, le Bien public, mais la souveraineté elle-même, identifiée au salut public[212]. Mais, dans une période de dissolution de la légitimité monarchique, l'exercice de la dictature ne se fonde plus sur cette légitimité, mais se donne pour objectif de la reconquérir. Plus radicalement encore, si l'on admet, selon l'interprétation de Schmitt, que les thèses contre-révolutionnaires procèdent de la compréhension de l'avènement d'une nouvelle conception du monde à laquelle ils entendent résister, en d'autres termes, « si la Révolution française signifie que l'exception est devenue la règle pour un temps qui pourrait durer "six siècles"**,** alors l'instauration durable d'un *régime* dictatorial devient envisageable, ainsi que le formule Jean-Yves Pranchère[213]. C'est cette disjonction de la souveraineté et de la dictature avec leur principe de légitimité que Schmitt analyse dans *Théologie politique* :

> « Dans les déclarations citées de De Maistre, il y avait déjà une réduction poussée jusqu'au bout dans le sens d'une décision absolue, d'une décision pure, sans raisonnement ni discussion, ne se justifiant pas, produite donc à partir du néant. »[214]

Une réduction que Schmitt ne devrait pas désapprouver. Pourtant, le juriste ajoute immédiatement après :

> « Mais il s'agit là, dans son essence, de dictature, et non de légitimité. »[215]

---

[211] *Cf.* Pranchère, 2004, pp. 180 et 181.
[212] Pranchère, 2004, p. 179.
[213] Pranchère, 2004, p. 180.
[214] Schmitt (1922), 1988, p. 74.
[215] Schmitt (1922), 1988, p. 74.

Si l'argumentation théologico-politique de De Maistre est une forme de réduction vers ce qui constitue l'essence de la souveraineté, sa logique antirévolutionnaire le mène vers l'abandon de tout principe de légitimité[216]. Néanmoins, ainsi que le souligne Jean-Yves Pranchère, rien ne permet de montrer que De Maistre défende l'idée d'une transformation de la monarchie en un pouvoir dictatorial, et sans doute n'a-t-il jamais désespéré d'une possible restauration, en vertu de la puissance même de Dieu[217]. En revanche, avec Donoso Cortès, on passe « de la légitimité à la dictature »[218].

Donoso Cortès, marquis de Valdegamas, prononce son « Discurso sobre la dictadura »[219] le 4 janvier 1849, en réponse au discours du chef de l'opposition progressiste Cortina qui, devant les Cortès, dénonce la répression féroce dont les agitions révolutionnaires avaient fait l'objet l'année précédente. Cortina s'en prend en particulier aux Cortès, qui, en donnant les pleins pouvoirs à l'autorité militaire pour réprimer l'insurrection, ont implicitement permis à celle-ci de sortir de la légalité. Aux dénonciations de Cortina, Donoso Cortès oppose d'abord une argumentation classique d'après laquelle les lois ayant pour fonction d'assurer la conservation de l'ordre social, la défense de ce dernier doit toujours être prioritaire sur le respect de la légalité :

> « Quand la légalité suffit pour sauver la société, la légalité ; quand elle ne suffit pas, la dictature. »[220]

Comme Schmitt après lui, Donoso Cortès soutient que la nécessité de sortir des moyens ordinaires en situation extraordinaire ne se déduit pas seulement du but des principes juridiques, mais également de l'histoire (celle d'Athènes, celle de Rome). Il inscrit cependant directement son argumentation dans le cadre d'une pensée théologico-politique, en reprenant à son compte l'analogie du miracle et de la dictature déjà développée par De Maistre[221].
Mais Donoso Cortès ne se contente pas de reproduire les thèses déjà largement développées par De Maistre. Son discours est surtout marqué par la proclamation, sur un

[216] « L'idéal de la légitimité doit donc céder devant l'alternative de l'anarchie démocratique et de la dictature monarchique. » : Pranchère, 2004, p. 183.
[217] Pranchère, 2004, p. 183.
[218] Schmitt (1922), 1988, p. 65.
[219] Donoso Cortès, (1849), 1970, pp. 304 à 323.
[220] « Cuando la legalidad basta para salvar la sociedad, la legalidad ; cuando no basta, la dictadura. » : Donoso Cortès, (1849), 1970, p. 306. Nous traduisons.
[221] Donoso Cortès (1849), 1970, p. 309.

mode très pessimiste, de la victoire du « despotisme démocratique » et de la fin des libertés. Et, sur ce point, le discours de 1849, qui le rend d'ailleurs célèbre à l'époque, constitue une rupture dans son parcours politique. Car, si Donoso Cortès défendait jusqu'alors le principe d'une restauration de la monarchie constitutionnelle, il est désormais convaincu de la victoire de la « civilisation philosophique »[222], soit de la pensée rationaliste qui impose sa domination politique avec la Révolution. Or, ainsi que le développe le « Discours sur la situation générale de l'Europe », prononcé l'année qui suit le « Discours sur la dictature » (1849), une telle victoire doit signifier l'anéantissement de tout principe d'autorité, qu'il s'agisse d'une autorité humaine ou d'une autorité divine et, par suite, de l'effondrement de tout principe de gouvernement[223] :

> « (…) le républicain vient alors et dit : Le pouvoir existe, mais le pouvoir n'est pas une personne ; et n'étant pas une personne, il ne règne ni ne gouverne ; le pouvoir est tout ce qui vit, tout ce qui existe, tout ce qui se meut ; dès lors c'est la multitude, dès lors il n'y a plus de moyen de gouvernement que le suffrage universel, ni de gouvernement que la République. (…) Et Proudhon vient et il dit : il n'y a pas de gouvernement. Après cela, c'est l'abîme. »[224]

Ainsi, la négation de tout gouvernement, soit de toute domination personnelle fondée sur un principe de légitimité, est déjà contenue dans les fondements mêmes du républicanisme, qui, en proclamant la fin de toute légitimité traditionnelle au profit d'une légitimité démocratique, abat les fondements de la domination politique[225]. C'est pourquoi l'avènement de la République est conçu comme le point de départ d'un processus de dissolution de l'autorité[226]. Ce qui signifie, d'une part, que le socialisme anarchiste est la suite plus ou moins nécessaire de la naissance de la République démocratique et que, d'autre part, les institutions républicaines caractéristiques de la démocratie (le suffrage universel en particulier) sont essentiellement les instruments d'un gouvernement impossible, né de la dissolution de tout principe d'autorité et voué à disparaître avec l'avènement du socialisme anarchiste. Une double analyse historique et institutionnelle qui permet de comprendre la portée des critiques menées par le marquis espagnol à l'encontre

---

[222] *Cf.* Doremus, 2004, note de bas de page 1, p. 70.
[223] Donoso Cortès, 1850, p. 79-80.
[224] Donoso Cortès, 1850, p. 83.
[225] Ainsi que le souligne Brahami concernant la théorie de De Maistre, il « va de soi que dès lors que sont postulées la liberté et l'égalité des individus, l'autorité politique doit être pensée à nouveaux frais. Ni la majesté de la tradition ni la supériorité supposée naturelle du Souverain, ni même l'autorité ecclésiastique ne peuvent plus légitimer l'obéissance. » : Brahami, 2009, p. 140.
[226]Donoso Cortès, 1850, p. 83.

de la pensée libérale, et qui nous permettra ensuite d'éclairer les thèses antirationalistes et antilibérales de Schmitt.

Le libéralisme procède, tout comme l'anarchisme, de la « civilisation philosophique ». Néanmoins, il se caractérise par son relativisme, en particulier en ce qui concerne les questions théologiques. Il participe donc non seulement par son rationalisme de la propagation du scepticisme et de l'effritement des principes de légitimité traditionnels, fondés sur de solides *croyances*, mais, en outre, il organise son relativisme en un véritable *système politique* dont la vocation est de retarder la décision, laquelle exige toujours une prise de position sur les questions théologiques fondamentales. Donoso Cortès conçoit ainsi essentiellement le libéralisme comme une *théorie de l'indécision* au sens plein du terme : il est la théorie politique qui émerge de la dissolution de l'ordre social, de la ruine des croyances communes qui maintenaient l'unité sociale et fondaient la légitimité, et qui cherche à organiser l'ordre politique autour de l'absence de ces croyances et de ce fondement substantiel. Cette organisation systématique de l'indécision se développe au moyen de deux stratégies, que Schmitt reprendra à son compte : d'une part, elle prend appui sur un principe de discussion[227], et la classe libérale est décrite comme *una clasa discutidora*, une « classe discutante », dont l'objectif est « d'échapper à la décision »[228]. Et, d'autre part, elle se construit sur un système d'équilibres et de contre-pouvoirs, interprétés par Donoso Cortès comme par Schmitt comme un système du ni-ni :

> « La bourgeoisie libérale veut un Dieu, mais il ne faut pas qu'il devienne actif ; elle veut un monarque, mais il faut qu'il soit impuissant ; elle réclame liberté et égalité, et néanmoins restriction du droit de vote aux classes possédantes, pour garantir à la culture et à la propriété l'influence nécessaire sur la législation, comme si la culture et la propriété donnaient un droit à opprimer les gens pauvres et incultes ; elle abolit l'aristocratie du sang et de la famille, mais elle permet le règne impudent de l'aristocratie financière, la forme d'aristocratie la plus stupide et la plus vulgaire ; elle ne veut ni la souveraineté du roi ni celle du peuple. Que veut-elle alors au juste ? »[229]

[227] Donoso Cortès, 1859, p. 280.
[228] Schmitt (1922), 1988, pp. 67 et 68.
[229] Schmitt (1922), 1988, p. 68. Cette citation fait clairement écho à celle de Donoso : « Ainsi [la bourgeoisie libérale] proclame la monarchie, et en même temps la responsabilité ministérielle, par conséquent l'omnipotence du ministère responsable, négation de la monarchie. Elle proclame l'omnipotence ministérielle, et en même temps l'intervention souveraine dans les affaires d'Etat des assemblées délibérantes, négation de cette omnipotence. » : Donoso Cortès, 1859, p. 288.

L'essentiel consistant ici dans le fait que la pensée libérale organise un système politique permettant d'éviter toute véritable décision politique en réduisant le problème portant sur l'existence du bien ou du mal à une question de légitimité[230], elle-même conçue sous une forme procédurale, réduite au respect des formes du gouvernement constitutionnel. Ce qui permet de comprendre pourquoi, à ses yeux, l'avènement du suffrage universel est d'abord compris comme un instrument visant à gérer l'effritement de tout véritable principe de gouvernement – soit la dissolution des principes fondant la légitimité d'une autorité. C'est pourquoi aussi, pour Donoso Cortès, l'essor des idées républicaines doit nécessairement conduire à vider de leur substance l'ensemble des institutions constitutionnelles, ainsi qu'à les transformer en un « squelette vide »[231], au sens où le cadre légal et institutionnel est désormais régulé en vue de ne prendre aucune décision politique[232]. Reste que, en vertu de sa nature relativiste et de sa faiblesse elle-même, le libéralisme est une forme politique propre à une période de dissolution sociale, c'est-à-dire à une époque où les attaques portées contre toute forme d'autorité et contre les principes traditionnels de légitimité qui la fondent se multiplient. Or, ainsi que l'ironise Schmitt, pour Donoso Cortès, l'impuissance libérale est aussi le signe de sa condamnation à une époque de luttes sociales :

> « Ce libéralisme, avec ses inconséquences et ses compromis, ne vit pour Cortès que dans le bref intérim où il est possible de répondre à la question : le Christ ou Barrabas ? réponse assortie d'une motion de renvoi ou de la mise en place d'une commission d'enquête. »[233]

Pour Donoso Cortès, parce que la « civilisation philosophique » est celle de la dissolution de l'ordre socio-politique traditionnel et des principes de légitimité qui le fondent, le libéralisme est voué à l'impuissance face à l'avènement du socialisme qui porte à ses conséquences dernières les prémisses de l'individualisme rationaliste. Car, sur de telles prémisses, nul principe de légitimité, et donc nul *droit à dominer* ne peut être fondé : pour Donoso Cortès, comme pour De Maistre, la « légitimité démocratique » conduit à la ruine de toute autorité, et doit seulement mener à l'*anarchie et au chaos* – soit au *mal radical*[234].

---

[230] Donoso Cortès, 1859, p. 276.
[231] Donoso Cortés, (1849), 1970, p. 322.
[232] Schmitt prolongera cette réflexion dans le sens d'une critique de la neutralité libérale, qui ne rend pas seulement les libéraux incapables de prendre une véritable décision, mais mène surtout à une possible instrumentalisation des institutions libérales.
[233] Schmitt (1922) 1988, p. 70.
[234] Et, effectivement, la nature humaine étant déchue, l'homme ne peut pas trouver la vérité par lui-même. « Les choses étant ce qu'elles sont, il est clair que la liberté de discussion conduit nécessairement à l'erreur,

C’est pourquoi la victoire de la « civilisation philosophique » signifie, aux yeux de Cortès, l’avènement d’une situation proprement *apocalyptique*, au sens où il n’existe plus aucun principe d’ordre légitime. Schmitt souligne nettement la portée *politique* des thèses théologiques de Donoso Cortès, et il est essentiel de le faire encore sur ce point : car l’apocalypse dont il est question est d’abord la situation de chaos politique née de l’abandon progressif de tout principe de légitimité susceptible de fonder l’autorité politique. Ce qui suppose d’admettre que la légitimité démocratique ne soit précisément pas un authentique principe de légitimité, en raison de son rejet de l’idée même d’autorité.
Dès lors, il ne s’agit pas, pour Donosos Cortès, de choisir entre la dictature et la liberté, au sens où le prétendent les libéraux progressistes. Car, en l’absence d’un quelconque principe solidement établi de légitimité, il n’est plus permis d’identifier le respect de la légalité avec la liberté[235]. Nul principe de légitimité ne permet désormais à ses yeux de fonder un ordre politique stable. C’est pourquoi il s’agit seulement, selon le marquis de Valdegamas, de choisir entre deux formes de dictature :

> « Il s’agit de choisir entre la dictature qui vient d’en bas et la dictature qui vient d’en haut : je choisis celle qui vient d’en haut, parce qu’elle vient de régions plus limpides et plus sereines ; il s’agit de choisir, finalement, entre la dictature du poignard et la dictature du sabre : je choisis la dictature du sabre, parce qu’elle est plus noble. »[236]

Qu’elle vienne « d’en haut » ou « d’en bas », il est clair que la dictature n’est plus pensée ici comme une institution juridico-politique sur le modèle de la dictature romaine. Elle désigne la domination politique d’un groupe sur un autre groupe, qui, usant de tous les moyens qui lui sont offerts, cherche à atteindre ses objectifs. Et, au regard de l’histoire apocalyptique dressée par Donoso Cortès, elle est surtout le fruit de la faillite des principes de légitimité traditionnels. C’est pourquoi la dictature qu’il réclame ne vise plus, contrairement à De Maistre, la restauration de la monarchie légitime. Ainsi que le souligne

comme la liberté d’action conduit nécessairement au mal. La raison humaine ne peut voir la vérité si une autorité savante et infaillible ne la lui montre pas ; la volonté humaine ne peut vouloir le bien ni le réaliser si elle n’est pas réprimée par la crainte de Dieu. » (« Siendo esto así, es cosa clara que la libertad de discusión conduce necesariamente al error, como la libertad de acción conduce necesariamente al mal. La razón humana no puede ver la verdad si no se la muestra una autoridad infalible y enseñante ; la voluntad humana no puede querer el bien ni obrarle si no está reprimida por el temor de Dios. ») : Donoso Cortès, Cartas al Conde de Montalembert, Berlin, 26 de mayo 1849, in Donoso Cortés (1849), 1970, p. 325.

[235] Donoso Cortés, (1849), 1970, p. 322.

[236] « Se trata de escoger entre la dictadura que viene de abajo y la dictadura que viene de arriba : yo escojo la que viene de arriba, porque viene de regiones más limpias y serenas ; se trata de escoger por último, entre la dictadura del puñal y la del sable : yo escojo la dictadura del sable, porque es más noble. » : Donoso Cortés, (1849), 1970, p. 323.

Schmitt, dès « que Donoso Cortès reconnu**t** que le temps de la monarchie avait pris fin parce qu'il n'y avait plus de rois et qu'aucun d'eux n'aurait plus le courage d'être roi si ce n'est en passant par la volonté du peuple, il alla jusqu'au bout de son décisionnisme, c'est-à-dire qu'il réclama une dictature politique. »[237] Une telle dictature n'est donc pas la simple suspension ou la violation provisoire de la légalité en vue d'atteindre les fins de l'ordre légal lui-même : elle est un véritable mode de gouvernement durable posé comme un rempart ultime contre le chaos. Un pouvoir qui s'exerce *sans aucune légitimité* :

> « Donoso était persuadé que l'heure de l'ultime combat était venue ; face au mal radical, il n'y a que la dictature, et l'idée légitimiste de la succession héréditaire devient, à cette heure, arguties vides. »[238]

L'évolution des thèses de Donoso, dont les positions légitimistes cèdent la place à une théorie radicalisée de la dictature, peut très certainement être portée au compte du constat amer de la victoire de la « civilisation philosophique ». Mais une telle explication « psychologisante » de la radicalisation de Donoso ne prend pas la mesure de sa théorie, et ne permet pas de rendre compte de l'intérêt de Schmitt pour ses thèses. Car, si le monarchiste peut réclamer une dictature sans légitimité, c'est justement parce que l'avènement de la légitimité démocratique, désormais accomplie, signifie selon lui la mort de tout principe de légitimité et, par suite, l'avènement d'une situation apocalyptique qui précipite l'ordre social dans le chaos. C'est pourquoi la dictature est moins conçue comme une institution juridico-politique que sous la forme d'un miracle, soit sous le signe d'une intervention directe de Dieu rachetant l'avènement de la République[239].

C'est sur ce point que la pensée de Schmitt prend appui pour construire sa propre théorie de la souveraineté dans la démocratie. Car, d'un côté, il est certain, pour Schmitt, que l'on ne peut renoncer au principe de légitimité sans ruiner la notion même de souveraineté – ce qui constitue la véritable limite de la théorie de Donoso Cortès à ses yeux. Mais, de l'autre côté, le peuple est devenu le seul véritable fondement possible de la légitimité politique pour Schmitt. Or, l'avènement de la démocratie s'accompagne à ses yeux, comme à ceux des théoriciens de la contre-révolution, d'un ordre politique fondé sur l'immanence

[237] Schmitt (1922), 1988, p. 74.
[238] Schmitt (1922), 1988, p. 74.
[239] Pour Donoso Cortès, l'universalité de la victoire de la République sur la légitimité monarchique est le signe d'une condamnation divine qui ne peut être véritablement rachetée que par un miracle. Donoso Cortés, (1849), 1970, p 309. *Cf.* également « Cartas al Conde de Montalembert », Berlin, 26 de mayo 1849, in Donoso Cortés (1849), 1970, p. 326.

contraire à la définition même de la souveraineté conçue comme pouvoir de domination absolu. C'est bien pourquoi la souveraineté du peuple risque toujours, en dernière lieu, de se résoudre dans la domination très concrète de l'Assemblée, laquelle est intrinsèquement porteuse d'un risque de dictature populaire à une époque de luttes sociales. L'insistance de Schmitt sur la question de l'immanence démocratique, qui s'articule avec le processus de rationalisation et participe de l'essor de la notion de démocratie procédurale, ne doit donc pas être mésestimée. Pour Schmitt, l'avènement de la souveraineté populaire, bien qu'incontournable d'un point de vue historique, est d'abord un problème à résoudre parce qu'elle repose toujours sur une métaphysique de l'immanence qui menace de renverser la notion même de souveraineté et se résout concrètement dans la domination souveraine de l'Assemblée. De telle sorte que les tensions et les ambiguïtés de la notion schmittienne de souveraineté peuvent être comprises à l'aulne de son effort visant à la fois à sauvegarder la notion de souveraineté en acceptant le principe de la légitimité démocratique, tout en neutralisant ce qui en constitue l'assise à ses propres yeux, à savoir le principe de l'immanence du pouvoir.

Et nous allons voir dans ce qui suit que la théorie schmittienne de la souveraineté peut être conçue comme une forme d'inversion du raisonnement de la pensée contre-révolutionnaire, au sens où Schmitt cherche moins à fonder la légitimité de la dictature sur celle de la souveraineté, qu'il ne définit la souveraineté légitime à partir de l'état d'exception.

C. De la dictature légitime fondée sur la souveraineté vers une fondation de la souveraineté sur l'état d'exception

Si c'est l'influence évidente de Bodin sur la théorie de la souveraineté de Schmitt qui domine dans *la Dictature*, en revanche, il est indispensable de souligner le poids majeur de la pensée de De Maistre sur sa construction dans *Théologie politique*. Il nous faut cependant nous interroger sur les motifs de cet usage. Car l'originalité du philosophe de la contre-révolution ne provient certainement pas de sa définition même de la souveraineté comme puissance absolue, laquelle est issue d'une longue tradition philosophique qui remonte à Bodin, et dont Schmitt possède déjà une connaissance nourrie. De même, la construction théologico-politique de la notion de souveraineté appartient en propre à cette

tradition, et ne justifie pas plus l'intérêt de Schmitt pour De Maistre. Mais ce dernier ne veut pas seulement établir l'origine divine de la souveraineté ; il veut également montrer l'*essence monarchique de toute souveraineté*, comme l'a souligné Jean-Yves Pranchère. De Maistre procède au moyen de deux démonstrations, dont l'une est métaphysique, et consiste à montrer que toute souveraineté vient de Dieu, et l'autre est « métapolitique », et part de l'essence de la société politique pour en déduire la nature proprement divine de la souveraineté[240]. Cette seconde analyse, à laquelle Schmitt s'adosse pour fonder sa propre théologie politique, s'efforce d'établir, en prenant l'histoire comme critère politique, que nulle organisation sociale ne peut s'instituer ni se maintenir sans l'exercice d'une puissance absolue et transcendante imposant l'obéissance aux individus – soit sans l'existence d'un souverain. L'alternative ne réside donc pas entre la liberté et l'asservissement, mais entre « l'obéissance ou l'insurrection » à l'égard d'un souverain *toujours* despotique[241] : entre la guerre civile permanente et la souveraineté absolue, il n'y a rien pour De Maistre. Et, sur ce fondement, De Maistre peut ensuite dénoncer le caractère contradictoire de la souveraineté démocratique, qui se résout à ses yeux concrètement dans la domination aristocratique de ses représentants. C'est sur ce point que Schmitt prolonge, non sans déplacer ses objectifs, le raisonnement de De Maistre.

Schmitt s'accorde avec De Maistre sur l'idée d'après laquelle la souveraineté ne peut jamais être définie que par l'action coercitive d'un pouvoir s'exerçant *du dehors* sur des individus. Mais, sans plus nier la victoire désormais incontestable à ses yeux de la légitimité démocratique, le juriste veut à démentir qu'une telle légitimité soit incompatible avec le principe d'une souveraineté à la fois absolue, transcendante et personnalisée. Et, sous cet angle, nous allons voir que, si la dictature n'est certes pas capable de lutter contre l'avènement de la légitimité démocratique, en revanche, l'état d'exception permet bien de montrer les limites des théories démocratiques de l'immanence du pouvoir et d'esquisser les bases d'une théorie autoritaire de la *souveraineté démocratique*.
Ce que manifeste la situation de crise au regard de Schmitt, c'est d'abord la nécessité d'une décision susceptible de trancher au sein de la pluralité des valeurs et des intérêts qui minent l'application normale du droit. Car, nous l'avons vu, pour Schmitt, la réalisation d'un ordre juridique présuppose une homogénéité préalable :

[240] Pranchère, 2004, p. 132 et ss.
[241] De Maistre (1770), 1992, p. 183.

> « Toute norme générale exige une organisation normale des conditions de vie, où elle pourra s'appliquer conformément aux réalités existantes et qu'elle soumet à sa réglementation normative. La norme a besoin d'un milieu homogène. »[242]

En d'autres termes, nul ordre juridique ne peut s'imposer sans un minimum de *consensus* autour de la norme que le droit positif réalise car, dans le cas contraire, le droit positif ne posséderait plus ni validité, en raison d'un rejet trop généralisé de la population, ni sens, concernant les modalités de son interprétation. Et c'est cette adhésion plus ou moins consensuelle de la population à la norme générale que Schmitt nomme le « milieu homogène »[243]. Néanmoins, dès lors qu'elle concerne la réalisation d'un ordre juridique *démocratique,* cette thèse prend une tout autre portée. Car, dans un gouvernement monarchique, l'unité politique est fondée sur l'exercice d'un pouvoir souverain qui s'applique de l'extérieur sur la société, et qui dispose d'un droit de décider, en dernière instance, des valeurs et des normes communes qui maintiennent l'unité politique. En revanche, dans une démocratie fondée sur un principe d'auto-organisation, nul ne dispose d'un tel droit d'imposer aux autres les valeurs qui fondent l'homogénéité politique ; on ne peut donc que *présupposer l'existence d'une telle homogénéité, qui devient à elle seule le garant de l'unité démocratique*. Par cette affirmation, le juriste exprime sans aucun doute une idée assez courante à l'époque, et qui le demeure encore aujourd'hui : celle d'après laquelle la réalisation de la démocratie a besoin de certaines conditions préalables, en particulier de l'éducation et du développement du peuple. Schmitt se réfère même explicitement à cet argument lorsqu'il veut montrer les limites de la théorie coopérative de Wolzendorff qui suppose, selon lui, une certaine « maturité » politique du peuple.

> « Mais la gestion directe implique une certaine "maturité", et voilà qui pourrait, à dire vrai, mettre en péril les postulats de Wolzendorff ; car des problèmes historiques et pédagogiques de cette nature prennent facilement, dans la réalité historique, une tournure inattendue à partir du débat sur la dictature. »[244]

Le juriste exprime très certainement des doutes sur la maturité politique du peuple allemand et sur sa capacité à offrir les conditions nécessaires à l'établissement d'une république démocratique parlementaire. Mais l'argumentation du juriste est bien plus

---

[242] Schmitt (1922), 1988, p. 23
[243] Schmitt (1922), 1988, p. 23.
[244] Schmitt (1922), 1988, p. 36.

radicale encore. Car, en situation de crise politique grave, où l'homogénéité nécessaire à l'instauration d'un ordre démocratique n'existe plus, c'est la possibilité même de l'immanence démocratique qui doit être compromise, puisqu'il n'existe pas alors de pouvoir extérieur à l'ordre politique qui soit susceptible d'imposer certaines valeurs de manière à reconstruire l'homogénéité. Ce qui ne signifie pas autre chose, sinon que *la démocratie, en tant qu'elle exprime un idéal d'auto-organisation du peuple, a besoin pour se réaliser concrètement d'un pouvoir souverain qui renverse l'idée même d'auto-organisation*. L'état d'exception permet donc bien d'abord de montrer les *limites* d'une théorie immanente de la démocratie.

Reste qu'en admettant la nécessité d'un souverain pour garantir l'existence d'une homogénéité nécessaire à la réalisation du droit, le juriste affaiblit singulièrement la distinction entre la situation ordinaire et la situation extraordinaire, qui fondait encore en 1921 sa théorie de l'exceptionnalité. Dans *la Dictature*, Schmitt construisait déjà une théorie articulée de la dictature et de la souveraineté. Mais le juriste mettait alors nettement en garde contre les conséquences de l'avènement de la souveraineté démocratique en insistant sur la nécessité de maintenir une ferme distinction de la situation ordinaire et de la situation extraordinaire, de la dictature de commissaire et de la dictature souveraine. En 1922, en revanche, bien que la question de savoir si l'état d'exception engage nécessairement l'institution d'une dictature n'est pas explicitement traitée, la distinction des deux formes de dictatures se voit considérablement fragilisée, tout comme celle des deux formes de dictature. C'est ce que montre assez nettement la célèbre phrase qui ouvre *Théologie politique* – « Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle » –, dont bien des commentateurs ont souligné le caractère ambigu[245]. Car le souverain ne décide pas alors seulement de l'existence de la situation exceptionnelle, mais également des moyens nécessaires pour y remédier[246]. De telle sorte, comme le souligne John McCormick, que Schmitt a brouillé lui-même la distinction du souverain et du commissaire d'action[247], en faisant du souverain le garant *permanent* de l'« ensemble de la situation » :

---

[245] En effet, la préposition « *über* » peut signifier aussi bien « lors » de la situation exceptionnelle, que « de » la situation exceptionnelle, ce qui laisse ouverte la question de savoir si le souverain décide seulement de l'existence même de la situation d'exception ou également des moyens d'y remédier. La seconde option étant désormais ouvertement admise par Schmitt. Voir en particulier le commentaire de Jean-Louis Schlegel qui justifie sa traduction de « *über* » par « de » plutôt que par « lors ». *Cf.* Schmitt (1922), 1988, note de bas de page, p. 15.

[246] « Le souverain décide autant de l'existence du cas de nécessité extrême que des mesures à prendre pour y mettre fin. » : Schmitt (1922), 1988, p. 17.

[247] McCormick, 1998, p. 224.

> « Il n'existe pas de norme que l'on puisse appliquer à un chaos. (…) Il faut qu'une situation normale soit créée, et celui-là est souverain qui décide définitivement si cette situation normale existe réellement. Tout droit est "droit en situation". Le souverain établit et garantit l'ensemble de la situation dans sa totalité. »[248]

Mais, par cette thèse, le juriste semble renverser intégralement sa théorie de 1921, qui voyait dans l'avènement de la souveraineté populaire la source potentielle d'une confusion du souverain et du dictateur. Et le juriste semble donc se faire, selon les termes de John McCormick, le « champion de la souveraineté populaire »[249]. Reste que, si Schmitt impose bien le principe d'un souverain garantissant de manière permanente l'unité politique au moyen du monopole de la décision portant sur l'état d'exception, ce n'est pas sans neutraliser les effets d'une reconnaissance du principe de souveraineté dans un cadre démocratique.

En effet, bien loin que la détermination préalable du détenteur de la souveraineté justifie ensuite la décision souveraine de l'exception, Schmitt fait inversement de la situation exceptionnelle l'outil d'une détermination concrète du souverain[250] :

> « Seule [la situation exceptionnelle] rend actuelle la question du sujet de la souveraineté, c'est-à-dire la question de la souveraineté tout court. »[251]

Ainsi, sur un second volet, l'état d'exception permet au juriste de *localiser concrètement* le titulaire de la souveraineté, ainsi que le souligne Augustin Simard :

> « L'élucidation du titulaire de la souveraineté devient ainsi une question éminemment factuelle, à laquelle on ne peut répondre que par une proposition empirique (constat ou prévision), mais jamais au moyen d'une élaboration a priori. »[252]

---

[248] Schmitt (1922), 1988, p. 23

[249] Selon J. McCormick, le changement de ton de la fin de *la Dictature* pourrait être le signe de la prise de conscience du juriste du fait que, pour lutter contre une possible dictature révolutionnaire, il serait nécessaire d'user non pas d'une dictature constitutionnelle, mais d'une dictature souveraine elle-même. C'est pourquoi, pour McCormick, Schmitt se serait fait en 1922, le « champion de la souveraineté populaire », quoiqu'il aspire cette dernière dans une forme de souveraineté de type monarchique. *Cf.* McCormick, 1997, p. 140.

[250] Selon D. Dyzenhaus, il existe une ambiguïté sur la question de savoir si celui qui décide de l'exception est souverain ou si celui qui est souverain décide de l'exception. Mais il nous semble que Schmitt produit bien une pleine inversion : celui qui décide de l'exception est le souverain. En revanche, il existe bien du coup un flottement quant à la localisation du souverain. C'est pourquoi cette localisation procède selon nous d'un objectif critique : il s'agit de refuser à la fois que le souverain soit une entité purement abstraite (le peuple) et qu'elle soit concrètement localisée dans le Parlement. *Cf.* Dyzenhaus, 1997b, p. 42.

[251] Schmitt (1922), 1988, p. 17.

Mais il nous semble moins que ce soit une « fascination pour la discontinuité »[253] qui anime Schmitt qu'une volonté de démontrer l'impossibilité de localiser préalablement la souveraineté du peuple dans un organe constitué prédéterminé : en particulier dans l'Assemblée. De telle sorte que, à la distinction du souverain et du commissaire d'action qui permettait en 1921au juriste de dénoncer l'absolutisme parlementaire, Schmitt substitue une théorie de l'état d'exception qui lui permet de localiser le souverain *hors* de l'Assemblée. Schmitt assume donc les éléments de la critique de la souveraineté démocratique formulée par De Maistre, selon laquelle, dans la pratique, une telle souveraineté doit se résoudre dans un rapport concret de domination. Mais en faisant de l'exception le principe même d'une détermination factuelle du souverain, il évite les conséquences du raisonnement de De Maistre, pour lequel la démocratie réelle doit se résoudre dans la domination effective de l'Assemblée. Non sans une dramatique inversion, où c'est moins le souverain qui décide de l'exception que la capacité à décider en situation exceptionnelle qui décide du souverain, le *juriste esquisse la figure d'une souveraineté démocratique sous la simple forme d'une réponse à la question de l'exception*[254].

Ainsi, au moyen de sa théorie de la souveraineté fondée sur l'exception, Schmitt va pouvoir articuler un principe de légitimité démocratique relativement abstrait avec le maintien d'une souveraineté à la fois absolue *et* concrète, transcendante *et* personnelle. L'objectif étant de lier la toute-puissance et la transcendance de la souveraineté avec l'idée d'une souveraineté personnelle et concrète, par opposition à l'idéal d'une démocratie sans transcendance, qui se résout en dernier lieu dans la domination souveraine de l'Assemblée.

---

[252] Simard, 2009, p. 96.

[253] « L'articulation indissoluble entre la notion de souveraineté et celle d'instance révèle, au cœur du réalisme de Schmitt, une sorte de fascination pour la discontinuité. » : Simard, 2009, p. 99.

[254] Une hypothèse qui permet de rendre raison de l'usage très important des thèses contre-révolutionnaires en 1922. Car, dans *la Dictature*, Schmitt voulait dénoncer les dangers liés à l'avènement de la souveraineté populaire dans l'Etat moderne. Dans ce cadre, la démocratie, dont la notion même est presque absente de l'ouvrage, signifiait alors globalement la souveraineté absolue du peuple, source potentielle d'une dictature populaire. En 1922, le problème s'est déplacé : car il ne s'agit plus de dénoncer les effets de l'avènement de la souveraineté populaire, sinon de lutter contre les théories immanentes de la démocratie, radicalement contraires à la conception théologico-politique de Schmitt. En 1921, l'usage de Donoso Cortès eut été contre-productif. Car penser qu'il est possible de défendre l'usage de la dictature pour lutter contre le « chaos démocratique », aurait alors oscillé entre la naïveté politique, qui consiste à penser qu'il est possible d'agir à rebours du principe de légitimité dominant, et la maladresse stratégique, au sens où les thèses de Donoso finissent par constituer une invite à la dictature populaire. Mais, en 1922, Schmitt cherche moins à asseoir la légitimité de la dictature tout en écartant les risques d'une dictature populaire, qu'il ne cherche, inversement, à sauvegarder la notion personnelle et transcendante de souveraineté au moyen de l'état d'exception et de la dictature, tout en prenant acte de la domination de la légitimité démocratique. Et, sous cet angle, la théorie radicalisée de la dictature de Donoso Cortès témoigne à la fois de la conscience des dangers d'une telle légitimité pour la conception théologico-politique et de la nécessité de prendre acte de la légitimité démocratique.

De telle sorte qu'il n'est possible de comprendre la modification de la théorie de l'exceptionnalité de Schmitt entre 1921 et 1922 qu'à la lumière de l'objectif stratégique poursuivi par le juriste dans *Théologie politique*. Car, si le danger réside en 1921, pour Schmitt, dans l'avènement d'une dictature prolétarienne, en 1922, en revanche, c'est inversement la prétention des théories de la démocratie à se passer de la souveraineté qui fait problème. Ce qui permet de rendre compte de l'ambiguïté de la fonction stratégique de l'état d'exception, puisque si, d'un côté, Schmitt souligne l'impasse d'une dictature visant à lutter contre la légitimité démocratique, de l'autre côté, l'état d'exception doit témoigner de l'impossibilité pour une démocratie de se passer d'un pouvoir souverain et transcendant qui ne peut être par avance localisé. Autrement dit, nous soutenons la thèse d'après laquelle, sur le modèle très polémique de la théorie de la souveraineté développée par De Maistre, Schmitt développe dans *Théologie politique une théorie de la souveraineté antidémocratique, au sens où la démocratie exprime l'exigence d'une auto*-*organisation immanente de la société* qui se résout au mieux dans la domination impuissante de l'Assemblée, au pire dans la guerre civile. Et c'est bien cette définition de la démocratie qui anime la structure argumentative de Schmitt dans *Théologie politique*.

D. La démocratie, expression politique de la représentation de l'immanence

La notion de démocratie n'est pas explicitement thématisée dans *la Dictature*. En 1921, Schmitt veut dénoncer les dangers liés à l'avènement de la souveraineté populaire dans le cadre de l'Etat moderne fondé sur la souveraineté absolue et sur la rationalisation du droit et de l'Etat. Dans ce cadre, la démocratie signifie presque exclusivement la *souveraineté du peuple*, laquelle est essentiellement conçue comme la source potentielle d'une dictature populaire. A partir de 1922, en revanche, la démocratie reçoit une définition apparemment homogène dans l'ensemble des écrits de Schmitt : elle est une forme d'organisation politique fondée sur le principe de l'identité des gouvernants et des gouvernés[255]. Cette définition est absente de *la Dictature*, et ne peut être identifiée avec la souveraineté populaire thématisée dans l'ouvrage, qui pense la démocratie dans la continuité de l'absolutisme, par un transfert de la souveraineté monarchique vers la souveraineté

[255] *Cf.* Schmitt (1923), 1988, et Schmitt (1928), 1993, p. 361 et ss.

populaire. La définition de la démocratie comme forme d'organisation politique fondée sur le principe de l'identité des gouvernants et des gouvernés est même d'abord explicitement introduite dans *Théologie politique* pour penser son évolution vers une forme mécaniste et immanente, contraire par définition à l'idée de la souveraineté. Et au sein de l'ouvrage, l'identité des gouvernants et des gouvernés est présentée comme l'expression des représentations de l'immanence opposées à toute forme de transcendance, qui dominent la sphère politique au XIXe siècle :

> « Toutes les identités qui font retour dans la doctrine politique et la doctrine du droit public au XIXe siècle reposent sur de telles représentations immanentes : la thèse démocratique de l'identité du gouvernant avec le gouverné, la théorie organique de l'Etat et son identité entre Etat et souveraineté, la théorie de l'Etat social de Krabbe, avec son identité entre souveraineté et ordre juridique, enfin la théorie de Kelsen sur l'identité entre l'Etat et l'ordre juridique. »[256]

Ainsi, la forme générale de l'identité (des gouvernants et des gouvernés, de l'Etat et de l'ordre juridique) est d'abord interprétée par le juriste comme *la traduction politique de la pensée de l'immanence*, laquelle est véhiculée par la conception générale du monde rationaliste qui s'est essentiellement développée, nous l'avons vu, autour du rejet d'une souveraineté transcendante et personnalisée. Loin de recevoir la définition substantielle que lui accordera le juriste dès 1923, la démocratie comme identité des gouvernants et des gouvernés est donc d'abord théorisée dans son articulation avec la conception mécaniste du pouvoir caractéristique du rationalisme politique. Certes, dans *Théologie politique*, Schmitt maintient la thèse dominante de *la Dictature*, d'après laquelle la démocratie s'est d'abord développée autour du transfert de la souveraineté monarchique vers la souveraineté du peuple, qui implique l'idée d'une transcendance s'exprimant dans la notion de pouvoir constituant ou, chez Rousseau, de volonté générale. Mais, d'une part, d'un point de vue historique, cette transcendance est, selon lui, abolie avec la détermination *quantitative* du peuple souverain, qui conduit à l'abandon du caractère personnel de la souveraineté :

> « Chez Rousseau, la volonté générale* est identifiée à la volonté du souverain ; mais, dans le même temps, l'idée du général acquiert même dans son sujet une détermination quantitative : *en d'autres mots, le peuple devient souverain*. L'élément décisionniste et personnaliste de la notion de souveraineté en vigueur jusqu'alors se perd du fait même. »[257]

---

[256] Schmitt (1922), 1988, p. 58.
[257] Schmitt, (1922), 1988, p. 57. Nous soulignons.

D'autre part, d'un point de vue théorique cette fois, la notion même de démocratie implique en elle-même une revendication d'auto-institution de la société, par opposition à l'idée de la transcendance du pouvoir[258]. Pourtant, il peut sembler que la définition quantitative de la démocratie soit moins le fruit propre de la démocratie elle-même que celui de la rationalisation déjà évoquée qui, parce qu'elle se développe contre la conception du monde théologique, doit conduire à l'essor d'une définition *quantitative* de la souveraineté du peuple et à une analyse mécanique du pouvoir. De telle sorte que ce serait moins la question de la démocratie qui constitue le cœur des analyses de Schmitt dans *Théologie politique* que celle de la rationalisation et de la technicisation de l'Etat moderne et du droit. Et, pour bien des interprètes, la technique constitue l'axe principal de la pensée du juriste, qui prolongerait en ce sens, quoique de façon très radicalisée, les analyses de Weber. C'est la thèse défendue en particulier par Jacky Hummel[259].

Pour ce dernier, en effet, l'œuvre weimarienne de Schmitt traduit un effort constant visant à récuser l'assujettissement de la vie humaine à des ordres objectivés (l'économie et la bureaucratie en particulier) sous le poids du mouvement de rationalisation caractéristique de la modernité. Schmitt développerait donc une théorie juridico-politique cherchant à réaffirmer la primeur du politique face aux pensées libérales et marxistes décrivant l'humanité comme régie par une « socialité spontanée » et non par des constructions conscientes et volontaires[260]. Une démarche dont la nature serait essentiellement descriptive, pour Hummel :

> « Dire que la politique – la réalité du politique n'est autre que le conflit –, non ce qu'elle devrait être, constitue son cheval de bataille. »[261]

Dans la continuité des interrogations de Weber qui perçoit les risques d'une domination de la bureaucratie et de la technique dans un monde « déserté de toute vérité transcendante », Schmitt voudrait réaffirmer *le fait* même du caractère essentiellement polémique de la politique. Et à l'encontre des velléités des théories rationalistes qui pensent résoudre les

---

[258] C'est pourquoi nous nous accordons pleinement avec l'affirmation de R. Cristi d'après laquelle la théologie politique est devenue progressivement impensable dans le contexte démocratique. *Cf.* Cristi, 1998, p. 182.

[259] C'est également la thèse défendue par John McCormick, dans une tout autre optique. Néanmoins, en raison de l'objectif libéral de J. McCormick, sa théorie sera traitée dans le III de cette partie.

[260] Hummel, 2005, p. 11.

[261] Hummel, 2005, p. 11.

questions politiques au moyen de règles techniques, le juriste développerait une authentique construction politico-juridique sur le modèle offert par la théologie :

> « Arrimer la science juridique à la théologie apparaît à Schmitt le seul moyen de la soustraire au credo scientifique dominant qui voit dans le droit un simple appareil technique rationnel. »[262]

Schmitt engagerait donc une « entreprise de rethéologisation », c'est-à-dire un effort construit visant à réintroduire de la transcendance dans la politique et dans le droit, dans le but de lutter contre la rationalisation et la technicisation de la vie humaine.

Cet axe interprétatif n'est pas sans une puissance de conviction. Car il est certain que la rationalisation de l'Etat et du droit met en jeu l'essence même du politique, défini comme pouvoir de vouloir et d'agir consciemment sur l'organisation et la direction des affaires publiques. Mais en dépit de sa cohérence et de son caractère séduisant, une telle interprétation masque partiellement la cible politique de Schmitt dans *Théologie politique*. Tout d'abord, il est à souligner que l'idée d'après laquelle c'est la critique de la rationalité qui motive les attaques portées par le juriste à l'encontre de la dépolitisation engendrée par le normativisme ne permet pas de rendre raison de l'importance de la pensée contre-révolutionnaire dans la théorie schmittienne. Mais, en outre, il est impossible d'isoler, dans *Théologie politique*, la critique de Schmitt portant sur les effets de dépolitisation engendrés par les théories rationalistes du droit et de l'Etat, de sa condamnation de la dépolitisation engendrée par le naturalisme anarchiste.

Il est certain, au regard de Schmitt, que la conception mécaniste de la démocratie développée par Kelsen relève de la volonté de faire disparaitre les problèmes politiques au moyen d'une simple résolution technique ou procédurale. Le rationalisme de Kelsen est essentiellement structuré, nous l'avons vu, autour du rejet de toute transcendance, ainsi que de la notion même de souveraineté. Ce pourquoi, d'ailleurs, Carlos-Miguel Herrera exclut que la théorie de Kelsen soit motivée par un objectif démocratique ou libéral, car pour Kelsen, en effet, il n'y a pas de « bonne » souveraineté (celle du peuple, ou, du moins, du Parlement), et de « mauvaise » souveraineté (celle des Etats autoritaires) : c'est « la valeur absolue donnée à cette notion, tant par les démocrates que par des impérialistes qui est à bannir »[263]. Or, c'est ce refus systématique de la notion de souveraineté comme principe transcendant fondant la réalisation d'un ordre juridique qui irrite Schmitt et qu'il interprète

[262] Hummel, 2005, p. 106.
[263] *Cf.* Herrera, 2004, p. 65.

comme un effort visant à dépolitiser l'ordre juridico-politique. Car, pour le juriste, dès lors que la démocratie se résout techniquement dans un ensemble de procédures visant à permettre la participation du peuple à la création ainsi qu'à l'application des normes de droit[264], l'Etat démocratique moderne semble destiné à se transformer en une vaste machine technique, ou une entreprise, conformément à la théorie wébérienne :

> « Il ne doit subsister que des tâches techniques, organisationnelles, économiques, sociologiques, les problèmes politiques sont censés disparaître. D'ailleurs, le type de pensée économique et technique qui domine aujourd'hui est incapable de percevoir une idée politique. L'Etat moderne semble être réellement devenu ce que Max Weber voit en lui : une grande entreprise. »[265]

Selon Weber, on le sait, l'évolution bureaucratique de l'Etat moderne met en danger à la fois la liberté de l'individu et la démocratie, de telle sorte que l'une des interrogations principales du sociologue consiste à réfléchir aux moyens de leur préservation dans le cadre de la rationalisation nécessaire de l'économie et de l'Etat[266]. L'hypothèse d'après laquelle Schmitt dénonce la technicisation du pouvoir et ses dangers au profit de la défense du politique – et par suite d'une « authentique démocratie », semble donc plausible. Mais, si Schmitt reproche bien au normativisme ou, de manière plus large, aux théories rationalistes d'avoir rejeté toute transcendance, il dénonce surtout le fait qu'elles ne soient pas allées au bout de leur argumentation, qui présuppose des thèses de nature anthropologique. Car il n'est possible, selon Schmitt, de rejeter la transcendance et de dépolitiser l'ordre juridico-politique que si l'on pose préalablement la bonté de l'homme, soit sa capacité à s'auto-réglementer. De telle sorte que le rationalisme n'est visé ici qu'autant qu'il est le support inconséquent d'une conception immanente du pouvoir portée par l'avènement de la légitimité démocratique[267]. C'est pourquoi aussi il ne s'agit pas pour Schmitt de corriger les effets néfastes de la rationalisation et de la bureaucratisation pour sauver la démocratie et la liberté de l'individu, conformément à la théorie de Weber, mais

---

[264] *Cf.* Kelsen (1929), 2004.
[265] Schmitt (1922), 1988, p. 73.
[266] Ainsi, Weber s'interroge-t-il, dans « Parlement et gouvernement dans l'Allemagne réorganisée » : « Etant donné le surpouvoir de la tendance à la bureaucratisation, comment est-il simplement possible de sauver d'une manière ou d'une autre les derniers restes d'une liberté de mouvement "individualiste", quel que soit le sens que l'on donne à cette expression ? » Et le sociologue poursuit un peu plus loin : « Comment la démocratie – même dans cette acception restreinte – sera-t-elle tout simplement possible ? » : Weber (1918), 2004, p. 337.
[267] C'est pourquoi c'est moins, selon nous, la transcendance qui sert à réhabiliter le cas d'exception, selon l'interprétation de S. Baume, que le cas d'exception qui vise à récuser la possibilité d'un ordre immanent. *Cf.* Baume, 2008, p.152.

inversement de renverser la conception immanente de la démocratie[268] et de démontrer les inconséquences d'un rationalisme qui le soutient sans prendre la mesure des effets pratiques d'une telle adhésion.

Ce qui permet alors d'expliquer le lien que Schmitt établit entre les théories rationalistes du droit et de l'Etat, et le naturalisme anarchiste qui dissout le politique dans « l'en-deçà paradisiaque d'une vie immédiate, naturelle et d'une corp-oréité sans problèmes »[269]. Car, pour Schmitt, c'est bien le même effort de dépolitisation de l'ordre social qui s'exprime déjà dans les thèses naturalistes du socialisme anarchiste et qui est désormais devenu dominant :

> « Rien n'est plus moderne, aujourd'hui, que la lutte contre le politique. Financiers américains, techniciens de l'industrie, socialistes marxistes et révolutionnaires anarcho-syndicalistes unissent leurs forces avec le mot d'ordre qu'il faut éliminer la domination non objective de la politique sur l'objectivité de la vie économique. »[270]

Cette thèse qui, établit un parallèle entre les théories libérales, les théories anarchistes et les théories marxistes décrivant l'humanité comme régie par une « socialité immanente », n'attribue pas uniformément aux progrès de la rationalité technique cette dépolitisation. De telle sorte, c'est moins la critique de la rationalité qui nous semble constituer l'axe directeur de *Théologie politique* que celle de la « socialité immanente » en tant que telle, portées par les théories de l'immanence politique. Car si le socialisme anarchique ou les « techniciens de l'industrie » peuvent être mis sur le même plan, c'est bien parce qu'ils engagent une même conception dépolitisée de l'ordre social, où dans un cas comme dans l'autre domine l'idée d'après laquelle les forces internes de la vie économique d'un côté, et les processus de bureaucratisation et de technicisation du droit de l'autre, sont des principes de l'auto-organisation sociale ou de la « socialité spontanée ». Mais, l'anarchisme ne fait pas de la technique juridique ni de la bureaucratie les principes de la

---

[268] Une conception d'autant plus dangereuse pour un conservateur comme Schmitt qu'elle est porteuse d'un principe de démocratisation susceptible de s'appliquer à l'ensemble du champ social et économique. Comme le remarque C.-M. Herrera à propos de la critique portée par Schmitt contre le raisonnement de Kelsen qui finit par analyser l'Etat dans une logique de droit privé : « Notons qu'il y a ici plus qu'une critique méthodologique de la part de Schmitt car, dans le paragraphe en question, Kelsen remarque que la démocratie concerne également l'entreprise économique. Schmitt trouvait que le rapprochement entre démocratie et économie péchait par précipitation ; la raison est assez facile de déterminer si on se place dans le contexte de l'époque : en 1919, K. Kautsky avait défini le socialisme comme "l'organisation démocratique de la vie", une caractérisation que nous retrouvons dans la social-démocratie allemande de Weimar (…) » : Herrera, 1997, p. 194.

[269] Schmitt (1922), 1988, p. 73.

[270] Schmitt (1922), 1988, p. 73.

réalisation de l'ordre juridique démocratique, qui repose au contraire sur des thèses métaphysiques portant sur la bonté de l'homme. C'est pourquoi *c'est moins la question de la rationalisation qui constitue le problème majeur de Schmitt dans* Théologie politique *que celui de la démocratie conçue comme immanence*.

Ainsi, il en découle que *Théologie politique* ne peut être lu comme un ouvrage essentiellement orienté autour d'une critique de la rationalité. Bien que cette dernière soit centrale dans l'ouvrage et déterminante dans la pensée de Schmitt, elle reste néanmoins soumise à un objectif stratégique premier, dont l'optique est, selon nous, radicalement antidémocratique, au sens où la démocratie est porteuse d'une certaine conception immanente du pouvoir. Le développement de la pensée de Schmitt après 1922 poursuit les thèses de cette réflexion très engagée en suivant deux axes principaux. D'une part, Schmitt va tenter de redéfinir entièrement la démocratie en renversant le premier sens qu'il avait accordé à la représentation de l'identité des gouvernants et des gouvernés. Il attribue alors à la dictature une tâche bien différente de celle qu'elle possédait encore en 1921. Mais, d'autre part, en développant la critique antilibérale esquissée par Donoso Cortès, Schmitt va dénoncer les inconséquences et l'impuissance du rationalisme libéral, lesquelles ne trouvent leur véritable sens que face au danger que représente le pluralisme démocratique.

Chapitre 2
La dictature et la « démocratie » autoritaire de Schmitt

I. **La dictature comme instrument de refonte de la démocratie**

A. L'identité démocratique comme fondement d'une définition autoritaire de la démocratie

À partir de *Parlementarisme et Démocratie* (1923), Schmitt s'engage dans la promotion d'une vision très autoritaire de la démocratie. Celle-ci se construit à l'issue de *Théologie politique*, qui prend acte de la victoire de la légitimité démocratique tout en veillant à défendre la structure théologico-politique de l'ordre juridico-politique contre les tendances immanentes du rationalisme libéral aussi bien que de l'anarchisme. L'ouvrage de 1923 part d'ailleurs du double constat, déjà structurant dans *Théologie politique*, de la victoire de la démocratie[1] ainsi que de la nécessité d'asseoir toute théorie juridique sur un concept de légitimité :

> « Ni une théorie ni la pratique du droit de l'Etat et du droit international ne sauraient aboutir sans un concept de légitimité, et c'est pourquoi il est important que le type de légitimité aujourd'hui dominant soit effectivement démocratique. »[2]

Mais si en 1922 Schmitt admet la nécessité de reconnaître la légitimité démocratique, en revanche, il fait encore pour l'essentiel de la démocratie le fruit des représentations immanentes du politique qui menacent intrinsèquement le principe de souveraineté. De telle sorte que la théorie de l'exceptionnalité de Schmitt vise essentiellement à réintroduire de la transcendance au sein de l'immanence démocratique, en montrant comment la situation de crise met nécessairement en échec cette dernière et permet de déterminer le titulaire réel de la souveraineté. Mais la localisation du souverain est alors discontinue et relativement indéterminée. En outre, il existe une tension entre l'ordre démocratique, qui

---

[1] « Pour le XIXe siècle, l'histoire des idées politiques et des idées théoriques sur l'Etat peut se résumer en une formule : le triomphe de la démocratie. » : Schmitt (1923), 1988, p. 28.
[2] Schmitt (1923), 1988, p. 37.

s’est développé peu à peu contre le modèle théologico-politique de la transcendance, et le maintien de la notion de souveraineté, qui apparaît davantage en 1922 comme une notion limite des théories de l’immanence que comme un principe cohérent. Sous cet éclairage, il est possible de comprendre *Parlementarisme et Démocratie* comme un effort visant à produire une nouvelle définition de la démocratie articulant pleinement le principe de la légitimité populaire avec celui d’une souveraineté à la fois personnelle et transcendante[3]. C’est ce que Schmitt réalise en retournant sa première interprétation de l’identité démocratique au profit d’un exercice personnalisé et autoritaire de la souveraineté.

La définition de la démocratie sur le fondement du principe de l’identité n’est pas originale. Elle repose sur le principe classique de l’autodétermination des individus, que bien des théoriciens du politique admettent comme la principale assise de la démocratie. On en trouve les sources dans la théorie de Rousseau, à laquelle se réfèrent à la fois Schmitt et Kelsen pour construire leur propre définition de la démocratie[4]. En 1921, Schmitt s’était déjà largement appuyé sur les thèses de Rousseau pour montrer en quoi le rationalisme républicain avait permis de fonder une véritable dictature du peuple. Mais alors, la double assise individualiste et rationaliste de la théorie de Rousseau, qui fonde sa recherche d’une forme d’association « par laquelle chacun s’unissant à tous n’obéisse pourtant qu’à lui-même et reste aussi libre qu’auparavant »[5], faisait l’objet des lourdes critiques du juriste, qui voyait dans cette formule l’origine d’une organisation politique destinée à dégénérer en Terreur. La thèse d’après laquelle la philosophie de Rousseau offre les instruments d’une dictature populaire est d’ailleurs très répandue à l’époque – et sans doute l’est-elle encore. Mais elle permet alors le plus souvent de jeter le discrédit sur le système parlementaire démocratique[6]. Or, en 1923, Schmitt renverse son interprétation de Rousseau ou, plus exactement, il en déplace l’usage puisqu’elle lui permet désormais d’articuler la légitimité démocratique avec le maintien d’une souveraineté personnelle, au moyen de la théorie de la volonté générale.

La volonté générale naît, on le sait, des modalités mêmes du contrat passé entre les individus qui aliènent totalement leur personne et leurs droits à toute la communauté pour devenir membres d’un tout indivisible sous la suprême direction de la volonté générale.

[3] Ainsi que l’affirme R. Cristi : « In 1923, with the publication of his *Parlamentarismus*, [Schmitt] came to realize that democracy was a political form of government that could also serve as a vehicle for sovereignty. »: Cristy, 1998, p. 184.
[4] *Cf.* Kelsen (1931), 2004, p. 2.
[5] Rousseau (1762), 1992, p. 39.
[6] *Cf.* Redor, 1995.

Toujours droite et juste parce qu'elle est le fruit de la délibération rationnelle, la volonté générale réalise pleinement l'identité de la volonté de chacun avec l'intérêt commun – ce qui trouve son expression dans la très célèbre affirmation de Rousseau d'après laquelle le fait de contraindre un individu à se soumettre à la volonté générale « ne signifie autre chose sinon qu'on le forcera d'être libre »[7]. Or, c'est dans cette construction rationaliste, qui servait encore en 1921 à manifester les sources de la Terreur, que Schmitt voit maintenant le modèle même de l'identité démocratique, en ce qu'elle en exprime le caractère plénier. L'identité démocratique se résout effectivement dans une série d'identité : celle « des gouvernants et des gouvernés, du dirigeant et des sujets, l'identité du sujet et de l'objet de l'autorité étatique, l'identité du peuple avec sa représentation au Parlement, l'identité entre loi et Etat, et en dernière instance l'identité du quantitatif (majorité numérique ou unanimité) et du qualitatif (justesse de la loi) »[8]. Mais l'unanimité ne peut être qu'un idéal, de telle sorte que la série des identités est soumise à une logique abstraite. Cependant, Schmitt n'en conclut pas que la démocratie consiste alors seulement dans l'ensemble des procédures juridiques qui permettent d'intégrer la diversité des opinions et des intérêts (extension du droit de vote, raccourcissement des législatures, multiplication des référendums), comme le fera Kelsen[9]. C'est même au nom même de la démocratie que le juriste rejette cette interprétation, puisque l'identité démocratique doit

---

[7] Rousseau, 1992, pp. 42 et 43.

[8] Schmitt (1923), 1988, p. 33.

[9] Tout en adoptant un point de départ similaire à celui de Schmitt, c'est-à-dire en faisant de Rousseau le penseur de la démocratie, Kelsen parvient néanmoins à un résultat inverse. Kelsen conserve de Rousseau le modèle d'une association dont l'objectif est de produire l'identité des gouvernants et des gouvernés, mais en vertu du fondement individualiste de cette association, le juriste autrichien en déduit précisément que le peuple titulaire du pouvoir et le peuple-sujet des lois, ne coïncide pas : « En raison de l'inévitable discordance entre la volonté de l'individu, point de départ de la revendication de la liberté, et l'ordre étatique, qui se dresse en face de lui comme une volonté étrangère, même dans un Etat démocratique, où cette discordance n'est réduite que de façon approximative à un minimum, une nouvelle transformation s'opère dans l'idée de liberté politique. » : Kelsen (1931), 2006, p. 10. C'est bien pourquoi d'ailleurs, pour Kelsen, la démocratie, comme toute unité politique produite par l'application du droit, est un ordre de contrainte, qui suppose d'établir des garanties à l'encontre de la majorité. Ainsi que le souligne P. Pasquino, le fait que Kelsen ait pris appui sur Rousseau pour développer sa théorie de la démocratie n'est pas sans surprendre – et ce, d'autant plus que le juriste plie largement la théorie de Rousseau à ses fins. Selon Pasquino, « l'effort de Kelsen consiste à donner une description et une définition de la démocratie qui, loin de faire l'impasse sur son idéologie, l'assument comme point de départ de façon, d'un côté à l'intégrer à la théorie et, de l'autre, à l'infléchir jusqu'à ce qu'elle se transforme en une conception réaliste, capable de décrire les réalités institutionnelles de l'Etat. » : Pasquino, 1995, p. 123. Une analyse qui nous semble réduire singulièrement le poids du principe de l'identité dans la construction kelsénienne de la démocratie. En revanche, le choix de Rousseau comme penseur de la démocratie n'est sans doute pas dénué de caractère polémique à l'égard de la théorie de Schmitt, puisque ce choix lui permet de retourner l'argumentation de ce dernier en insistant sur le fondement individualiste de la théorie de Rousseau.

être entière, ainsi que l'exprime la théorie de Rousseau d'après laquelle la volonté de la minorité doit pouvoir s'identifier avec celle de la majorité[10] :

> « En réalité, cet aspect repose aussi sur l'identité, qui ne cesse de faire retour dans la logique démocratique, et sur l'argumentation fondamentalement démocratique (…) selon laquelle la volonté de la minorité dominée dans le vote est identique, en vérité, à la volonté de la majorité dominée. »[11]

Mais en outre, parce que le principe de l'identité identifie *pleinement* la volonté de tous avec la volonté générale, la majorité ne possède pas davantage le droit de s'identifier à la volonté générale qu'une minorité :

> « Le cœur du principe démocratique reste ainsi préservé, notamment l'affirmation d'une identité entre loi et volonté populaire, et, pour une logique abstraite, qu'on identifie la volonté de la majorité ou la volonté de la minorité ne fait en réalité aucune différence, du moment qu'en aucun cas il ne saurait s'agir de la volonté absolument unanime de tous les citoyens. »[12]

On ne saurait évidemment mieux dire que l'Assemblée elle-même n'est pas plus en droit de s'identifier à la volonté générale que n'importe quel autre organe qui pourrait prétendre l'exprimer. Mais en outre, Schmitt peut alors en déduire que la question de la démocratie ne porte pas sur les procédures juridico-politiques qui permettent de tendre vers l'identité maximale de la volonté de chacun avec la volonté générale, mais sur les instruments qui produisent la *reconnaissance même de l'identité* :

> « Or, aucune parmi ces identités n'est une réalité tangible, car elles reposent sur une *reconnaissance de l'identité*. Ni juridiquement, ni politiquement, ni sociologiquement, il ne s'agit pas de choses réellement équivalentes, mais d'*identifications.* »[13]

En d'autres termes, si l'identité des gouvernants et des gouvernés doit être pleine, ce que nulle procédure jurico-politique ne peut atteindre, alors elle ne peut l'être que sous la forme d'une *croyance* dans l'identité elle-même. Et la démocratie doit donc consister,

---

[10] En dépit de la finesse des analyses de R. Cristi, il nous semble donc que Schmitt opère un revirement quant à son analyse de Rousseau en 1923 : si la théorie de Rousseau représente le risque d'une dictature populaire en 1921, en revanche, elle n'incarne pas par la suite les conceptions immanentes de la démocratie. C'est même sa théorie de la volonté générale qui permet au juriste de reconstruire une théorie de la démocratie articulée avec une définition personnelle de la souveraineté en 1923. *Cf.* Cristi, 1998, p. 182.
[11] Schmitt (1923), 1988, p. 32.
[12] Schmitt (1923), 1988, pp. 32 et 33.
[13] Schmitt (1923), 1988, p. 33. Nous soulignons.

selon Schmitt, dans une *forme de domination politique qui repose sur l'identification de la volonté de chacun avec la volonté générale juste et bonne (des gouvernants)*. Dès lors, en conclut le juriste, d'un point de vue pratique, la question ne consiste pas dans la détermination des procédures permettant à chacun de participer à la formation de la volonté étatique, mais dans celle de savoir *comment* produire une telle identification. C'est cette production de l'identité qui est à l'œuvre dans la question de la formation ou de l'éducation du peuple, selon Schmitt :

> « Se met alors en place le vieux problème de l'éducation du peuple : une juste éducation peut amener le peuple à bien reconnaître sa propre volonté, à bien la former et à bien l'exprimer. Pratiquement, voilà qui signifie tout simplement que l'éducateur identifie au moins provisoirement sa volonté avec celle du peuple. »[14]

L'éduction comme politique publique est, pour le juriste, un facteur d'homogénéisation, où l'on inculque les valeurs ou principes de la démocratie. Mais Schmitt n'interprète pas cette homogénéisation comme le partage d'un minimum commun susceptible de rendre possible la participation des individus à la chose publique[15]. Loin d'être comprise comme un apprentissage de l'autonomie dans un cadre collectif, l'éducation est formation d'une homogénéité suffisante pour garantir l'identité de la volonté des gouvernants et des gouvernés. C'est pourquoi il est de l'essence même de la démocratie, pour Schmitt, que *certains* individus s'arrogent la qualification de vrais démocrates[16] (selon les époques : les citoyens et non les étrangers, les hommes et non les femmes, selon des conditions de cens),

---

[14] Schmitt (1923), 1988, p. 35.

[15] C'est le partage d'un tel minimum commun dont Heller fait le socle de l'homogénéité démocratique. Pour Heller en effet, il est nécessaire que les individus adhèrent généralement à l'idée qu'un accord est toujours possible entres des adversaires politiques pour que l'unité démocratique soit réalisable : « Un certain degré d'homogénéité sociale doit exister pour rendre possible la formation de l'unité politique. Tant que l'on croira en l'existence d'une telle homogénéité, et tant que l'on supposera que la possibilité de parvenir à un accord politique avec l'adversaire par le biais de la discussion existe, on pourra renoncer à l'oppression par la violence physique, et l'on pourra discuter avec l'adversaire. » : Heller (1928), 2001, p. 204. Et, selon Heller, une certaine homogénéité sociale est nécessaire pour qu'une telle croyance commune s'impose – c'est-à-dire pour que les classes prolétaires ne voient pas dans chacune des lois édictées par le Parlement l'instrument de la domination de la bourgeoisie. Si Heller adopte donc, comme Schmitt, l'idée d'après laquelle nulle démocratie n'est possible sans une certaine homogénéité, le contenu et l'extension de cette dernière sont radicalement différentes. Car pour Schmitt, le contenu de l'homogénéité porte exclusivement sur les valeurs et l'idéologie qui constituent la substance de l'identité démocratique ; en revanche, il n'est évidemment pas question d'une quelconque homogénéité sociale. Ainsi que l'analyse D. Dyzenhaus : « As we have seen, Schmitt's concept was the substantive homogeneity of a group where the substance is given by making a distinction between friend and enemy. Heller, in contrast, argued for social homogeneity or a plateau of social equality sustained bu a culture of commitments to maintaining and enhancing equality. » : Dyzenhaus,1997b, p. 191. Nous revenons plus loin sur le versant libéral, au sens économique du terme, de la pensée schmittienne.

[16] Schmitt (1923), 1988, p. 34.

de même que *certaines* valeurs sont sélectionnées comme proprement démocratiques. De manière plus large, la production de l'identité engage la question des moyens dont l'Etat ou, plus exactement, dont ceux qui disposent des instruments de l'Etat, vont pouvoir en user en vue de former l'homogénéité d'un peuple dont l'unité se construit autour de valeurs partagées identifiables aux valeurs exprimées par les gouvernants :

> « Naturellement, à ce moment-là, on voit aussi avec une particulière clarté que la question exclusivement pratique concerne l'identification, et notamment la question : qui dispose des moyens pour former la volonté du peuple, c'est-à-dire des moyens que sont le pouvoir militaire et politique, la propagande, la maîtrise de l'opinion publique grâce à la presse, les organisations partisanes, les rassemblements, l'éducation populaire, l'école ? Le pouvoir politique est tout particulièrement en mesure de former lui-même, au départ, la volonté du peuple dont il est censé procéder ensuite. »[17]

En d'autres termes, pour Schmitt, il n'existe de démocratie que fondée sur une homogénéité en termes de *valeurs*, et non en termes d'homogénéité sociale comme Heller, une homogénéité que les gouvernants doivent *produire* au moyen des instruments étatiques. Schmitt renverse donc complètement le principe de l'auto-organisation démocratique : bien loin que la démocratie consiste dans l'auto-institution par le peuple de l'unité politique[18], Schmitt fait de la production de l'homogénéité du peuple le fondement de l'identité démocratique. C'est pourquoi, « le combat ne tourne plus qu'autour des moyens de l'identification », où la question proprement politique à laquelle le pouvoir est confronté porte seulement sur les *moyens* de la réalisation de l'identification. Une affirmation dont il s'agit de mesurer la radicalité, au sens où la démocratie ne consiste plus à intégrer la pluralité des intérêts et opinions dans la formation de la volonté générale, mais inversement à produire l'identité démocratique, c'est-à-dire l'homogénéité sociale :

> « Il serait insensé de nier sur ce fait [que le combat ne tourne plus qu'autour des moyens de l'identification] une unanimité générale. Non seulement parce qu'il n'y a plus de rois aujourd'hui qui aient le courage d'expliquer ouvertement qu'en cas de nécessité ils resteront sur le trône même contre la volonté du peuple, mais parce que tout pouvoir politique digne de considération peut

[17] Schmitt (1923), 1988, pp. 35 et 36.
[18] H. Heller rappelle vivement contre les thèses de Schmitt le fait que nulle démocratie ne peut partir de haut sans contradiction : « La démocratie doit être la formation consciente de l'unité politique allant du bas vers le haut, et toute représentation doit rester juridiquement dépendante de la volonté de la communauté. Le peuple comme multiplicité doit s'autoconstituer consciement lui-même comme peuple en tant qu'unité. » : Heller (1928), 2001, p. 204. L'objectif du juriste étant précisément, à nos yeux, d'écarter ce principe démocratique d'autoconstitution.

espérer atteindre un jour l'identification par un moyen ou un autre, et qu'il n'a pas intérêt à nier l'identité : au contraire, il a plutôt intérêt à la savoir entérinée. »[19]

En vertu de la domination de la légitimité démocratique qui structure la forme de la domination politique, *tout pouvoir « digne de considération » doit avoir nécessairement pour objectif de produire l'identité*, c'est-à-dire, de se saisir des instruments permettant de former l'opinion publique ou de produire l'identité par tout autre moyen – notamment la dictature, nous y reviendrons. Une thèse qui exclut apparemment l'interprétation d'après laquelle Schmitt penserait l'homogénéité démocratique en termes raciaux[20]. D'une part parce que Schmitt n'attribue pas de contenu spécifique à cette homogénéité, et d'autre part parce qu'il s'agit précisément de produire l'homogénéité par des moyens qui semblent essentiellement ceux de l'éducation et de la propagande[21]. Néanmoins, inversement, rien n'empêche dans la théorie schmittienne que les discriminations raciales ne deviennent le contenu de cette homogénéité[22] que les gouvernants s'attachent à produire[23], y compris, nous le verrons, au moyen de la dictature. C'est pourquoi si nous ne pensons pas que la théorie schmittienne soit principalement motivée par son antisémitisme, au demeurant évident, en revanche, il nous semble qu'elle ouvre tout droit la porte à la réception des politiques raciales. En outre, sa théorie permet certainement de saisir comment les thèses ultra-autoritaires qui émergent dans l'entre-deux guerres ont pu à la fois se revendiquer de la légitimité démocratique et développer des politiques radicales de discrimination, niant toutes les procédures de participation du peuple à la formation de la volonté générale. Car

---

[19] Schmitt (1923), 1988, p. 36.

[20] Telle est la thèse notamment de R. Gross, de C.-Y. Zarka et de N. Sombart. *Cf.* Gross, 2005 ; Sombart, 1999 et Zarka, 2001 et 2003.

[21] Ainsi, pour G. Balakrishnan, Schmitt rejette le sens ethnique de l'homogénéité, en faisant du mythe partagé le principe d'une telle homogénéité. Mais on ne voit guère ce qui exclut que le mythe ne possède un contenu raciale, à défaut d'être nationaliste. *Cf.* Balakrishnan, 2006, pp. 105-108.

[22] « La notion démocratique d'identité (…) [repose] seulement sur l'appartenance à un *peuple précis*, cette appartenance pouvant être déterminée par des facteurs très divers – idée d'une race commune, d'une foi commune, destin et tradition communs. » : Schmitt (1928), 1993, p. 365.

[23] Il nous semble donc, ainsi que l'affirment M. Senellart et Hélène Miard-Delacroix, que la démarche qu'il convient d'adopter dans l'étude de la théorie schmittienne doit moins partir de l'hypothèse d'après laquelle la pensée schmittienne est d'essence nazie, que chercher à comprendre comment elle évolue vers le nazisme : « Il s'agit de comprendre quelle logique l'a conduit d'une critique radicale du libéralisme, au nom de la suprématie du politique, à l'adhésion au nazisme. Comment cette évolution a-t-elle été *possible* ? Le problème n'est donc pas tant celui, assez vain, de l'*essence* nazie de la pensée de Schmitt que celui de la *conséquence* nazie de sa critique du libéralisme. » : Miard-Delacroix, Senellart, 2006, p. 13. De même, selon la thèse de D. Dyzenhaus, c'est bien plutôt parce que le nazisme réalise en quelque sorte tous les attendus d'une véritable politique telle que la définit Schmitt que ce dernier finit par y adhérer, et non, inversement, parce qu'il développe une théorie dont le cœur est constitué par son antisémitisme : « Hitler had done everything that Schmitt positively required of a leader. (…) More important of all, [Hitler] had through his personal representation of the German people as a substantive homogeneous unit, brought about the democratic identity which Schmitt prized above all else. »: Dyzenhaus, 1998, p. 3.

Schmitt réinterprète de fond en comble la légitimité démocratique elle-même, qui a bouleversé selon lui la structure caractéristique des relations de domination prédémocratiques[24].

En effet, pour Schmitt, comme pour Weber, la légitimité ne peut être comprise comme une représentation idéelle susceptible de fonder en elle-même le devoir d'obéissance, mais elle désigne toujours une forme de la domination (*Herrschaft*). Chez Weber, la domination, « signifie la chance de trouver des personnes déterminables prêtes à obéir à un ordre (*Befehl*) de contenu déterminé », et associe par suite le pouvoir de commandement au devoir d'obéissance, en articulant, du point de vue de l'autorité, une revendication de légitimité, et du point de vue des dominés, une croyance dans la légitimité de celui qui commande[25]. On sait que Weber distingue trois types de dominations légitimes : la domination traditionnelle ; la domination charismatique ; la domination légale. Mais chacune désigne une même forme de la domination, structurée simplement autour de croyances différentes. Ainsi que le note Augustin Simard, « le concept wébérien de légitimité se résumait à une revendication purement formelle, émise par un groupement de domination, et dont on dira qu'elle est "socialement significative" dans la mesure où elle produit des effets empiriquement observables à l'intérieur de la direction administrative »[26]. Or, dès *Théologie politique*, Schmitt fait de la légitimité démocratique un principe *autonome* de légitimité. Il émerge alors de l'évolution rationaliste du monde, qui tend à exclure tout principe de transcendance, lequel permettait jusqu'alors de fonder les rapports de domination légitimes :

> « Si l'on regarde les choses à partir de ce type de réflexion autour de l'histoire des idées, l'évolution de la théorie de l'Etat au XIXe siècle témoigne de deux caractéristiques : la mise au rencart de toutes les représentations théistes et transcendantes, et la formation d'un nouveau concept de légitimité. »[27]

En déployant l'idée d'un « nouveau concept de légitimité », il est certain que Schmitt invite déjà en 1922 à penser l'inadéquation de la légitimité démocratique avec les formes de légitimités dégagées par Weber. Car, en distinguant la forme légale de la forme

---

[24] « Une considération scientifique de la démocratie devra s'établir sur un terrain spécifique, que j'ai appelé théologie politique. » : Schmitt (1923), 1988, p. 39.

[25] La domination « signifie la chance de trouver des personnes déterminables prêtes à obéir à un ordre (*Befehl*) de contenu déterminé. » : Weber, 1971, p. 56.

[26] Simard, 2009, p. 155.

[27] Schmitt (1922), 1988, p. 60. Nous soulignons.

traditionnelle ou charismatique, Weber suppose une identité formelle des différents types de domination légitime : dans chaque cas, la prétention d'une autorité à dominer s'articule avec la croyance des individus dominés dans le droit de l'autorité à exercer cette domination. Or, pour Schmitt, la légitimité démocratique implique à la fois l'idée d'égalité radicale et le refus de tout principe de transcendance susceptible de fonder la légitimité d'une autorité. Elle brise ainsi le caractère asymétrique de la relation de domination engagée par le principe de « légitimité prérévolutionnaire »[28]. La partition wébérienne masquerait donc la rupture engagée par l'avènement de la démocratie en distinguant les différentes formes de domination sans prendre la mesure de leur différence qualitative[29] :

> « Il ne s'agit pas de m'étendre sur ce point ici ; mais il faut au moins dire qu'une notion comme celle de légitimité ne saurait changer de sujet sans changer de contenu. »[30]

Cette structure de la domination caractéristique de la démocratie se développe dans la théorie de l'identité de Schmitt, qui consiste bien en une forme de domination politique. Elle engage sur le modèle wébérien de la domination (*Herrschaft*), une *relation* entre des individus qui se prétendent « dépositaire[s] de la volonté véritable du peuple »[31] et d'autres individus qui reconnaissent leur propre volonté dans la volonté des dirigeants. Et Schmitt souligne que tous les régimes démocratiques ont commencé par une désignation des élites susceptibles de participer à la formation de la volonté générale. Mais, parce qu'elle se réalise sous la forme de l'*identité pleine et entière* de la volonté particulière et de la volonté générale, elle annule au même moment la complexité du processus de soumission des individus à l'autorité revendiquée. Car une fois supposé que l'on ne peut fonder la légitimité démocratique sur la reconnaissance aléatoire de l'autorité par les individus sans ruiner l'idée même d'identité, il ne reste plus qu'à résoudre cette forme de légitimité dans la prétention des élites à incarner la volonté générale et à produire l'homogénéité au moyen

[28] On peut émettre l'hypothèse d'après laquelle c'est dans la définition du gouvernement proposée par De Maistre que se trouvent les sources de la distinction schmittienne de la légitimité « théologico-politique » et du « nouveau concept de légitimité » ; car De Maistre définit en effet le gouvernement comme une religion, avec ses dogmes et ses mystères, qui ne vit que de la foi politique, laquelle peut seule véritablement fonder l'obéissance. *Cf.* De Maistre (1790), 1992, p. 148.

[29] Ainsi que l'analyse avec beaucoup de finesse A. Simard : « Sans attaquer de front la conception wébérienne, [Schmitt] la neutralise en la confiant exclusivement une époque "prédémocratique" révolue, celle désignée par le terme de "légitimité dynastique". En somme, en insistant sur l'asymétrie irréductible dominants / dominés et sur le caractère unilatéral de l'*Autorität*, Max Weber a esquissé, tout au plus, une description de la forme antérieure de la légitimité et de son principe organisateur. » : Simard, 2009, p. 155-156. .

[30] Schmitt (1923), 1988, p. 37.

[31] Schmitt (1923), 1988, p. 34.

des outils offerts par l'Etat. En d'autres termes, bien loin que la légitimité procède de la reconnaissance complexe et irrégulière des individus, c'est inversement par la production de l'homogénéité des valeurs sociales que l'on réalise l'identité démocratique. Une opinion qui renverse, ainsi que l'a nettement établi A. Simard dans sa thèse, la théorie wébérienne de la légitimité.

La réflexion menée dans *Parlementarisme et Démocratie* poursuit donc celle engagée dans *Théologie politique*, car il s'agit bien toujours de neutraliser le principe dominant de la légitimité démocratique potentiellement contradictoire avec la structure théologico-politique de l'ordre juridico-politique. Pour ce faire, Schmitt produit une nouvelle définition de la démocratie, au moyen d'une rigidification de la notion d'identité démocratique. Car, en partant du présupposé d'après lequel l'identité démocratique doit être pleine et entière ou ne pas être, la théorie schmittienne suppose, d'une part, une homogénéité des valeurs et opinions qui fondent l'unité politique. D'autre part, elle implique un renversement du sens de la réalisation de la démocratie, qui ne se produit plus en partant du bas, en prenant appui sur l'idée d'une auto-organisation, mais en partant du haut, par la production de l'opinion grâce aux moyens offerts au pouvoir. Une telle définition n'est pas sans opérer un retournement de la définition de l'identité démocratique adoptée par Schmitt lui-même dans *Théologie politique*. Car, en 1922 encore, l'identité est essentiellement conçue comme l'expression politique des représentations immanentes qui dominent au XIXe siècle :

> « Au XIXe siècle, tout est dominé, de plus en plus largement, par des représentations immanentes. Toutes les identités qui font retour dans la doctrine du droit public au XIXe siècle reposent sur de telles représentations immanentes : la thèse démocratique de l'identité du gouvernant avec le gouverné (…) »[32]

En 1922, le principe de l'identité démocratique désigne essentiellement l'ensemble des procédures visant à réduire la domination réelle des hommes par d'autres hommes. En 1923, en revanche, l'identité démocratique est une identité en valeur exclusivement construite par « le haut ». Schmitt a donc renversé le principe de l'identité démocratique fondé sur la représentation de l'immanence – où l'immanence qu'elle soit mécanique ou naturelle se développait autour de l'idée d'une auto-organisation de la société – au profit d'une construction de l'identité par les détenteurs du pouvoir, *c'est-à-dire d'une théorie*

---

[32] Schmitt (1922), 1988, p. 58.

radicalement contraire à l'idée d'auto-organisation. Il est d'ailleurs à noter que la notion d'immanence est absente de l'ouvrage de 1923. Or, cette modification très substantielle de la notion d'identité permet au juriste de *localiser* la décision souveraine tout en maintenant la structure théologico-politique du pouvoir développée en 1922. Car, dans *Théologie politique,* Schmitt ne parvient à concilier la nouvelle forme de légitimité démocratique avec le maintien de la souveraineté qu'au moyen de sa théorie de l'exceptionnalité qui laisse apparaître une véritable discontinuité, voire une indétermination dans la localisation du titulaire de la souveraineté. Au contraire, en 1922, la souveraineté tend à se localiser dans les mains d'une élite politique susceptible de mobiliser les leviers étatiques en vue de produire l'identité démocratique. Une localisation qu'il faut interpréter, selon nous, à la fois contre le principe d'une localisation concrète ou effective de la souveraineté dans le Parlement et contre l'idée d'après laquelle la souveraineté du peuple est de nature essentiellement abstraite.

Ainsi, la définition de la démocratie substantielle très autoritaire de Schmitt a pris appui sur un double renversement : celui de la notion wébérienne de la légitimité et celui de la notion d'identité. Grâce à ce double renversement, Schmitt peut alors neutraliser pleinement les théories démocratiques de l'immanence, et réduire la démocratie, *dans la pratique,* à la détermination des moyens étatiques permettant de *produire l'homogénéité*. Ce qui lui permet ensuite, d'un côté, d'opposer la démocratie au parlementarisme et, de l'autre, de montrer l'articulation nécessaire de la démocratie et de la dictature.

B. Le parlementarisme contre la démocratie

Le Parlement est classiquement conçu comme une institution spécifiquement démocratique qui s'est développée pour des raisons d' « opportunité » dès lors qu'il est impossible que tous les citoyens se rassemblent dans un même lieu pour discuter et prendre des décisions communes[33]. Pour faire face à cette impossibilité, les citoyens éliraient des représentants

[33] Schmitt (1923), 1988, pp. 40 et 41. Cet argument d'opportunité est celui de Kelsen notamment : Sans doute, démocratie et parlementarisme ne sont pas une seule et même chose. Mais, la démocratie directe n'étant pratiquement pas applicable à l'Etat moderne, on ne saurait douter sérieusement que le parlementarisme soit aujourd'hui la seule forme véritable de réalisation de l'idée démocratique, et que par suite le destin du parlementarisme décidera de celui de la démocratie. » : Kelsen (1931), 2006, p. 33.

dans le but de produire la volonté générale, que l'exécutif aurait pour simple fonction d'appliquer sous le contrôle du législatif. Sous cet éclairage, il ne pourrait même exister de démocratie dans un Etat moderne sans l'instauration d'un système représentatif parlementaire :

> « C'est ainsi que naît la progression bien connue : le Parlement est une commission du peuple, le gouvernement est une commission du Parlement. Dans l'idée, le parlementarisme apparaît ainsi comme une réalité fondamentalement démocratique. »[34]

Mais Schmitt écarte radicalement cette équation, dont il prétend montrer les tensions internes. D'une part, la thèse d'après laquelle le Parlement est une commission du peuple est contredite selon lui par le fait qu'il demeure indépendant du peuple pour la durée de son mandat, tandis que l'exécutif demeure pour sa part dépendant de la confiance du Parlement[35]. De telle sorte que l'idée d'après laquelle la hiérarchie du Parlement et de l'exécutif témoigne du lien qui soude l'ensemble des organes à la volonté du peuple peut être contestée[36]. Mais, d'autre part, l'argument d'opportunité n'est pas suffisant pour expliquer pourquoi une Assemblée doit représenter le peuple, plutôt qu'une seule personne de confiance[37]. Il faut donc, pour le juriste, inversement partir des caractéristiques propres du Parlement pour en déterminer l'essence sans présupposer qu'il est le fruit d'une évolution moderne de la démocratie – ce que le juriste cherche à invalider.

C'est la discussion et le débat des opinions contradictoires qui constitue pour Schmitt la véritable « *ratio* du Parlement »[38] : le Parlement est le lieu où le conflit des opinions divergentes doit permettre de dégager la volonté de l'Etat. Le parlementarisme procède donc d'abord d'une certaine conception rationaliste. Néanmoins, Schmitt note que le parlementarisme ne peut être compris comme le fruit typique de l'esprit rationaliste, en raison des modalités mêmes de la discussion ainsi que de son objectif[39]. Si la discussion

[34] Schmitt (1923), 1988, p. 41.
[35] Schmitt (1923), 1988, p. 41.
[36] Baumert, 2009b, p. 128.
[37] Schmitt (1923), 1988, p. 41.
[38] Schmitt (1923), 1988, p. 42. Notons que H. Heller, qui conteste avec bien d'autres que la foi dans la discussion soit le fondement historico-intellectuel du parlementarisme, fait de la croyance en la possibilité d'un *fair play* à l'égard de l'adversaire politique intérieur le fondement du parlementarisme. Schmitt intègrera selon nous cette thèse dans *Légalité et légitimité*, ainsi que nous le verrons par la suite. Heller (1929), 2001, p. 204 . *Cf.* également Kelsen (1929), 2004, pp. 36 et ss. et Thoma, *Archiv für Sozialwissenschaft*, 1925, t. 53, pp. 212 et ss.
[39] « Il serait néanmoins incomplet et inexact de définir le parlement moderne comme une institution issue de l'esprit rationaliste. Son ultime justification et son évidence liée à une époque reposent dans le fait que ce rationalisme n'est pas absolu et immédiat, mais relatif en en sens spécifique. » : Schmitt (1923), 1988, p. 44.

parlementaire vise à faire émerger une décision rationnelle, c'est moins sous la forme d'une vérité absolue que d'un juste équilibre entre les opinions contraires[40]. De telle sorte que, s'il faut bien voir dans la discussion l'instrument rationnel qui doit permettre de produire la vérité, c'est parce qu'elle est un *processus* rationnel, tandis que le résultat de ce processus demeure toujours relatif. L'objectif n'étant pas en dernier lieu de dégager une vérité absolue en vue de fonder les décisions politiques, mais d'intégrer la pluralité des opinions contraires et de pacifier les tensions sociales au moyen de la discussion rationnelle :

> « Là réside aussi le cœur intellectuel de cette idée en général, son rapport spécifique à la vérité, qui devient une simple fonction dans une éternelle concurrence des opinions. Par rapport à la vérité, cela signifie qu'on renonce à un résultat définitif. »[41]

L'objectif du Parlement vise donc l'équilibre lui-même – et la vérité comme juste équilibre. Bien que Schmitt ne se réfère qu'à des juristes ou à des théoriciens classiques du parlementarisme il prend cependant appui sur la définition même du libéralisme proposée par Donoso Cortès, déjà esquissé dans *Théologie politique*. Donoso Cortès qualifie effectivement la classe bourgeoise libérale de « classe discutante », dont l'objectif essentiel vise à empêcher toute affirmation radicale en dissolvant dans la discussion toutes les notions susceptibles d'appuyer une décision, et en propageant le scepticisme[42] :

---

[40] Bien des auteurs ont refusé la définition schmittienne du parlementarisme. Ainsi, pour D. Leydet, l'analyse du juriste qui fait de la discussion rationnelle le cœur du parlementarisme est inadéquate à l'égard de la véritable fonction des débats publics, qui vise moins à produire la vérité générale sous une forme rationnelle qu'à convaincre l'électorat. En d'autres termes, pour D. Leydet, qui prend appui sur les thèses de B. Manin, les débats parlementaires visent à soumettre les décisions du gouvernement au jugement public. Mais d'une part, il ne nous semble pas que la rationalité de la discussion publique constitue en elle-même le cœur des critiques de Schmitt ; c'est l'effort de modération et de balance que vise d'abord le juriste selon nous, de telle sorte que Schmitt relativise la fonction de la rationalité. D'autre part, et beaucoup plus essentiellement, on ne voit guère en quoi le fait que la discussion publique ait pour tâche de convaincre un électorat permette de répondre pleinement à la critique du caractère antidémocratique du parlementarisme de Schmitt – sauf à réduire la démocratie à une forme d'activité plébiscitaire. Cf. Leydet, 1998, p. 122.

[41] Schmitt (1923), 1988, p. 45. L'objectif du parlement exclut même, au regard de Schmitt, qu'il puisse s'y exprimer une quelconque idée portant sur des questions engageant la survie même du parlementarisme – en particulier les questions théologiques ou métaphysiques : « Des oppositions contradictoires mettent fin au parlement, et sa discussion présuppose une base commune, indiscutée. L'on n'est pas en droit d'y mettre en avant un pouvoir d'Etat, ou une conviction métaphysique quelle qu'elle soit, avec une nécessité sans médiation ; il faut au contraire que tout soit médié dans le processus volontairement compliqué de l'équilibre à réaliser. » : Schmitt (1923), 1988, p. 59.

[42] Donoso Cortès, 1859, p. 280.

> « [Donoso Cortès] définit tout simplement la bourgeoisie comme une “classe discutante”, “*una clasa discutidora*”. C’est par là qu’elle est jugée, car de là vient qu’elle tente d’échapper à la décision. »[43]

Schmitt déduit de cette analyse l’essence propre du parlementarisme, dont la *ratio* témoigne d’un objectif non rationaliste. Plus exactement, s’il n’est pas permis d’identifier le libéralisme à l’esprit rationaliste c’est d’abord parce que la rationalité du parlementarisme est une rationalité médiate, qui vise l’équilibre plutôt que la vérité absolue et engage la possibilité d’une « discussion éternelle ». Et c’est pourquoi d’ailleurs, sous la plume de Schmitt, le parlementarisme peut bien être à la fois bavardage impuissant et débat rationnel médiatisé, l’un n’étant jamais que le second versant de l’autre. L’essentiel résidant dans le fait que l’objectif du parlementarisme n’est pas d’abord rationaliste, mais bien libéral :

> « Mais tout cela n’est qu’une application particulière du principe libéral général. Car c’est exactement la même chose que la vérité procède du libre conflit des opinions ou que de l’harmonie surgisse d’elle-même la compétition économique. »[44]

Le parlementarisme est le produit du libéralisme, qui ne fait pas autre chose qu’appliquer à la politique le principe de la libre-concurrence, conçu comme l’outil mécanique de l’harmonie sociale et de l’unité politique[45], où l’objectif est prioritairement de préserver les libertés individuelles contre tout excès de la volonté générale. C’est dans ce cadre que la lutte de la bourgeoisie en faveur du système parlementaire doit être comprise, au sens où le parlementarisme est d’abord le système de la *modération*. C’est pourquoi il postule toujours en lui-même l’exigence de la séparation des pouvoirs (séparation des pouvoirs au sens strict, mais également pluralité des partis[46]) et de la publicité, où les deux postulats ont toujours pour objectif de mettre en œuvre le principe libéral de la libre compétition des

[43] Schmitt (1922), 1988, pp. 67 et 68.
[44] Schmitt (1923), 1988, p. 45.
[45] Ainsi que l’exprime R. Baumert : « Dans tous les domaines où il se déploie, le schème fondamental du libéralisme reste inchangé : c’est la croyance qu’il résultera du libre-jeu des forces sociales un bienfait spontané. » : Baumert, 2009b, p. 129.
[46] « (…) avec le législatif, il est sans doute possible de mener à leur terme les garanties de la liberté bourgeoise, ce n’est pas possible avec l’exécutif ; dans le législatif, l’opposition des opinions et des parties empêche peut-être mainte résolution juste et salutaire, en revanche l’argumentation de la minorité freine les excès de la majorité, des opinions divergentes sont à cet égard utiles et nécessaires. » : Schmitt (1923), 1988, p. 57.

opinions comme facteur d'équilibre et d'harmonie[47]. De même, c'est la volonté de limiter les excès de la décision personnelle dont la définition de la loi dans le parlementarisme se fait le reflet, lorsque la généralité de la loi est posée comme un rempart contre les abus du monarque, ou, de manière plus large, de toute personne concrète appelée à exercer le pouvoir[48].

Sur fondement d'une telle définition du parlementarisme comme système de la bourgeoisie libérale intrinsèquement méfiant à l'égard des possibles excès de la volonté générale, Schmitt peut ensuite l'opposer à la démocratie[49] :

> « Tripartition des pouvoirs, distinction de contenu entre législatif et exécutif, récusation de l'idée que la plénitude du pouvoir d'Etat soit en droit de se rassembler en un seul point : tout cela renferme dans les faits un démenti à la représentation démocratique de l'identité. »[50]

Pour Schmitt, parce qu'elle est l'expression du principe de l'identité, la démocratie est par essence contraire à l'idée de division et de pluralité, et ce aussi bien au regard des organes de l'Etat, que pour ce qui concerne le pluralisme des opinions, qui fait obstacle à l'homogénéité sans laquelle nulle démocratie n'est supposément possible. Le juriste admet pourtant que la notion de gouvernement parlementaire, qui traduit l'idée d'un contrôle de l'exécutif par le Parlement, pourrait être comprise comme un instrument conforme aux exigences de la démocratie :

> « De là vint l'idée que le parlementarisme signifierait une domination du Parlement, c'est-à-dire de la représentation populaire sur le gouvernement. Le principe de la distinction des pouvoirs serait alors supprimé au profit d'un absolutisme parlementaire, et l'exigence d'un gouvernement parlementaire se transformerait en une exigence purement démocratique : dépendance du gouvernement envers la volonté de la représentation populaire, le gouvernement étant une pure

---

[47] Schmitt (1923), 1988, pp. 49 et 51. S. Baume souligne clairement le fait que c'est l'effort systématique de division et de séparation du pouvoir caractéristique de la théorie libérale que Schmitt cherche à contrer, notamment, nous allons le voir, au moyen de la dictature. C'est donc une fois encore moins le rationalisme en tant que tel qui fait l'objet des attaques de Schmitt, que l'ensemble des éléments qui portent atteinte à l'unité politique. En revanche, il nous semble qu'en survalorisant la question de l'Etat chez Schmitt, S. Baume amoindrit la question du pluralisme démocratique. Cf. Baume, 1998, pp. 102 et ss.

[48] « Le caractère normatif universel de la loi résulte de ce que la loi (contrairement à la volonté ou à l'ordre d'une personne concrète) n'est que *ratio* et ne possède pas de *cupiditas*, de *turbatio*, alors que l'homme concret "*variis affectibus perturbatur*". » : Schmitt (1923), 1988, p. 53.

[49] Ainsi que l'exprime clairement R. Baumert : « Ce serait une lourde erreur, selon Schmitt, que de confondre cette pensée [libérale-parlementaire] de l'entre-deux avec la véritable démocratie. La pensée démocratique suppose – principe d'identité oblige – que le peuple soit souverain et qu'aucun frein ni contrepoids ne puisse entraver son exercice du pouvoir. Par définition même : le libéralisme est modération, la démocratie est radicalisme. » : Baumert, 2009b, p. 127.

[50] Schmitt (1923), 1988, p. 46.

> délégation (*Ausschuss*) de la représentation populaire, donc du Parlement qui lui-même est une pure délégation du peuple. »[51]

Mais une fois admis que les principes du parlementarisme sont ceux de la balance et de la séparation des pouvoir, le « gouvernement parlementaire », où « la domination de la représentation populaire est la norme »[52], peut se voir également opposé au parlementarisme. L'idéal bourgeois de la préservation des libertés individuelles est incompatible, selon Schmitt, avec l'absolutisme parlementaire, de même qu'il a pour effet d'écarter l'idée d'une dépendance du Parlement à l'égard du peuple trop prompt aux excès[53]. C'est pourquoi, conformément aux propos de R. Redslob que Schmitt cite pour appuyer sa thèse, « l'essence du parlementarisme "authentique" tient justement à ce que l'exécutif *n'est pas* l'instrument subordonné de la volonté du Parlement, et à ce qu'il existe un équilibre entre les deux pouvoirs »[54]. En vertu de son fondement libéral, le parlementarisme présupposerait donc toujours à la fois l'autonomie relative de l'exécutif à l'égard du législatif et l'indépendance du Parlement, qui n'est pas une commission liée à son commettant, le peuple, mais bien le représentant de ce dernier. Et c'est cette thèse que Schmitt radicalise dans la *Théorie de la Constitution* en faisant de la représentation la forme de gouvernement contraire à celle de l'identité démocratique.

Pour Schmitt, l'Etat est le « statut de l'unité politique d'un peuple, et la forme de gouvernement (*Staatsform*) est le genre spécifique de configuration de cette unité »[55]. Les formes de gouvernement sont donc les formes de l'unité politique d'un peuple. Or, Schmitt distingue deux manières de constituer et de maintenir l'unité politique : soit cette unité politique existe déjà en vertu de l'homogénéité du peuple, qui rend ce dernier capable de décision politique ; soit on considère qu'une telle unité fondée sur l'homogénéité n'existe jamais, et l'unité politique ne peut alors être produite que sous la forme de sa représentation :

---

[51] Schmitt (1928), 1993, p. 452.
[52] Schmitt (1923), 1988, p. 40.
[53] « (…) la démocratie directe est la domination d'une masse mue par ses passions et ses intérêts, c'est "la chose la plus éhontée du monde", selon les termes du libéral Burke cité avec enthousiasme par le libéral Bluntschi. » : Schmitt (1928), 1993, p. 462.
[54] Schmitt (1928), 1993, p. 452. Nous soulignons.
[55] « L'Etat (*Staat*) est un *status* déterminé d'un peuple, et même le statut d'unité politique. La forme de gouvernement (*Staatsform*) est le genre spécifique de configuration de cette unité. » : Schmitt (1928), 1993, p. 342.

> « [Le peuple] peut être capable d'agir politiquement déjà par sa simple existence immédiate – en vertu d'une homogénéité forte et consciente, en raison de frontières naturelles précises ou pour toute autre raison. Il est alors une unité politique en tant que puissance réelle dans son identité immédiate avec lui-même. (…) Le principe opposé part de l'idée que l'unité politique d'un peuple en tant que telle ne peut jamais être présente sous une identité réelle, et qu'elle doit donc toujours être représentée (*repräsentieren*[56]) personnellement par des hommes. »[57]

Toutes les formes de gouvernement peuvent donc se ramener aux deux principes de la *représentation* et de l'*identité,* où le premier suppose que toute unité politique ne peut jamais se réaliser qu'au moyen d'une représentation de l'unité dans une ou plusieurs personnes concrètes, tandis que le second consiste à affirmer qu'une unité politique fondée sur une homogénéité et consciente d'elle-même peut décider immédiatement pour elle-même, réalisant ainsi le principe d'identité des gouvernants et des gouvernés. Sur ce fondement, Schmitt conserve la classification traditionnelle des formes de gouvernement monarchique, aristocratique et démocratique ; mais il en bouleverse le sens et l'ordre. Car il ne s'agit plus de distinguer les gouvernements par le nombre des gouvernants, mais par la forme de l'unité politique du peuple, de telle sorte que la monarchie et l'aristocratie, qui réalisent le principe de représentation, se voient opposées à la démocratie, qui procède par essence du principe de l'identité.

> « Là où le peuple apparaît comme sujet du pouvoir constituant, la forme politique de l'Etat se détermine d'après l'idée d'une identité, la nation est là ; elle ne doit ni ne peut être représentée, une idée qui donne leur caractère irréfutable d'un point de vue démocratique aux développements souvent cités de Rousseau (*Contrat social*, III, 15). La monarchie n'est en réalité qu'une représentation absolue et repose sur l'idée que l'unité politique n'apparaît qu'avec la représentation, la présentation (*Darstellung*). »[58]

La démocratie est donc définie par l'identité réelle et homogène du peuple, qui rend possible son action immédiate, par opposition à toute idée de médiatisation. A l'inverse, Schmitt fait de la représentation (*repräsentieren*) constitutive de l'unité politique, soit dans un homme (monarchie), soit dans un groupe (aristocratie), la forme politique contraire à la démocratie. Ainsi que le souligne H. Heller, Schmitt « ne considère que le "status"

---

[56] Schmitt distingue la représentation de l'unité politique, qu'il traduit par *repräsentieren*, de la représentation des intérêts privés (*vertreten*) et de la représentation populaire dans un corps élu (*Volksvertretung*). Mais il distingue également la représentation de l'unité politique de la représentation concrète de cette unité (*Darstellung*, que O. Beaud a traduit par « présentation »). *Cf.* Beaud, *in* Schmitt (1928), 1993, ndt, p. 342.
[57] Schmitt (1928), 1993, p. 342.
[58] Schmitt (1928), 1993, pp. 442 et 443.

politique achevé », sans tenir compte du fait que c'est précisément la fonction du politique de réaliser de façon dynamique « l'unité dans la multiplicité de ses éléments »[59]. Mais l'objectif stratégique d'un tel édifice théorique est clair : il consiste à opposer parlementarisme et démocratie, sous la forme schématique d'une antinomie entre un gouvernement médiat, constitutif de l'unité politique, et un gouvernement immédiat, fondé sur l'identité des gouvernants et des gouvernés où l'unité politique précède la forme du gouvernement adoptée. Car, bien qu'il soit de sa nature propre de mélanger les diverses formes de gouvernement dans un objectif de modération et d'équilibre, la *composante* dominante du parlementarisme est cependant représentative[60], et ce non pas au sens technique où, au moyen de procédures de vote, un nombre toujours plus élargi de citoyens a pu accéder à la participation politique conformément au processus de démocratisation, mais au sens où une élite économique et intellectuelle a pu prétendre représenter l'unité du peuple dans son ensemble. Et, sous cet angle, le parlementarisme est même, selon Schmitt, de nature essentiellement aristocratique.

En effet, le concept même du parlementarisme d'après lequel le Parlement est le lieu de la discussion publique des opinions politiques met en lumière la fonction représentative du Parlement. Car les débats par échange d'arguments contraires sont porteurs d'une certaine prétention à produire le juste, de telle sorte que les députés peuvent prétendre représenter *la nation* tout entière :

> « En théorie, le Parlement bourgeois du XIXe siècle est une assemblée d'hommes instruits qui représentent l'instruction et la raison, et même l'instruction et la raison de toute la nation. »[61]

Mais l'idée d'après laquelle les débats parlementaires permettent de produire la volonté de l'unité politique repose elle-même sur des mécanismes de sélection des députés en droit

---

[59] « Schmitt ne considère que le "*status*" politique achevé ; or, celui-ci n'est pas une réalité statique, mais c'est quelque chose qu'il faut tous les jours organiser de nouveau, c'est un "plébiscite de tous les jours". Le processus dynamique du devenir et de l'affirmation de l'Etat en tant qu'unité dans la multiplicité de ses éléments est le politique, en un sens équivalent à celui de l'affirmation de soi par rapport à l'extérieur. » : Heller, 1928, p. 202. Une analyse qui permet de mettre en lumière le caractère foncièrement antipluraliste de la conception schmittienne de la démocratie.

[60] Le juriste récuse que le parlementarisme constitue une authentique forme de gouvernement au même titre que la monarchie ou l'aristocratie, précisément parce que le parlementarisme se refuse à incarner dans une personne ou un groupe de personnes concrètes la représentation de l'unité politique. Bien au contraire, tout l'édifice parlementaire consiste pour le juriste, à éviter de se décider pour une forme de représentation contre une autre forme, dans un objectif libéral. Ainsi, le parlementarisme apparaît sous les traits d'un système politique libéral mixte, à la fois opposé à la démocratie et distinct de la forme représentative elle-même. Néanmoins, sa composante dominante demeure bien représentative, plutôt que démocratique. Le caractère apolitique du parlementarisme et du libéralisme sera abordé par la suite.

[61] Schmitt (1928), 1993, p. 458.

d'identifier leur volonté à la volonté générale. Ces mécanismes sont, au XIXe siècle, l'éducation et la propriété, supposés garantir la formation d'une élite politique capable de s'abstraire des intérêts privés et de leurs propres intérêts personnels. Par l'instruction, soit l'éducation et l'intelligence, les députés sont rendus capables de dégager l'intérêt général en le démêlant des intérêts privés[62]. Par le cens électoral, on garantit ensuite son indépendance – et son instruction même. C'est pourquoi « le Parlement en retire le caractère d'une élite représentante, d'une assemblée *aristocratique* à caractère représentatif »[63]. Bien loin donc d'être la forme même de la démocratie moderne, le parlementarisme est un système mixte dont l'élément représentatif dominant est de nature aristocratique – et qui ne peut prétendre demeurer véritablement représentatif qu'à cette condition, nous le verrons. Et c'est seulement parce que, d'un point de vue historique, l'exigence d'une telle représentation était d'abord opposée à la monarchie absolue qu'elle a pu sembler démocratique[64].

Ainsi, sur le fondement de sa définition substantielle de la démocratie, Schmitt construit une distinction des formes de gouvernement en les ramenant aux deux principes de la *représentation* et de l'*identité*. Et au moyen de cette construction, Schmitt peut opposer radicalement la démocratie au parlementarisme, en écartant l'idée d'après laquelle la démocratie parlementaire pourrait constituer la forme même de la démocratie moderne :

> « Dans la mesure où le Parlement est une représentation de l'unité politique, il s'oppose à la démocratie. »[65]

Une thèse qui pourrait apparaître comme un véritable plaidoyer en faveur de la souveraineté populaire, puisque Schmitt défend à la fois la suprématie absolue de la volonté du peuple, en particulier dans sa théorie du pouvoir constituant[66], et le fait que la volonté générale ne peut jamais être représentée. C'est d'ailleurs cette déconstruction systématique du caractère démocratique du parlementarisme libéral qui est en partie la source, ainsi que le note Renaud Baumert, du succès hétérogène de la pensée de Schmitt,

---

[62] « L'*instruction* est une qualité personnelle, et donc susceptible d'être utilisée dans le système de *représentation* (*Repräsentation*). En théorie, le Parlement bourgeois du XIXe siècle est une assemblée d'hommes instruits qui représentent l'instruction et la raison, et même l'instruction et la raison de toute la *nation*. » : Schmitt (1928), 1993, p. 458.
[63] Schmitt (1928), 1993, p. 355. *Cf.* Baumert, 2009b, pp. 134-135.
[64] Schmitt (1928), 1993, p. 356.
[65] Schmitt (1928), 1993, p. 356.
[66] Schmitt (1928), 1993, p. 218.

qui a pu séduire à l'extrême gauche comme à l'extrême droite[67]. Reste qu'il ne faut pas s'y tromper, comme le souligne encore Renaud Baumert, car la défense de la démocratie contre le parlementarisme s'effectue au profit d'une conception substantielle de l'identité qui finit par résoudre la volonté du peuple dans celle de ses dirigeants qui l'incarnent. Une thèse dont nous avons déjà mesuré la portée dans l'examen de *Parlementarisme et Démocratie*, et qui se développe de manière implicite dans la théorie de la représentation schmittienne elle-même.

En effet, pour Schmitt il n'existe pas de formes pures de gouvernement, réalisant de manière exclusive le principe d'identité ou de représentation, mais seulement des formes qui peuvent tendre vers un principe ou vers l'autre. Car, les principes présidant aux différentes formes de gouvernement *signifient l'unité* politique[68], laquelle exige une *présentation* (*Darstellung*), c'est-à-dire l'incarnation concrète de l'unité politique dans un ou plusieurs gouvernants. Or, une quelconque présentation de l'unité politique suppose toujours aussi un élément de représentation :

> « Il n'y a donc pas d'Etat sans représentation (*Repräsentation*), parce qu'il n'y a pas d'Etat (*Staat*) sans forme de gouvernement (*Staatsform*) et que la forme contient par nature la présentation (*Darstellung*) de l'unité politique. Dans tout Etat, il doit exister des hommes qui puissent dire : *l'Etat c'est nous.** »[69]

Ainsi, Schmitt souligne-t-il que même si tous les citoyens votaient directement sur le fond pour chacune des décisions populaires, il serait nécessaire de supposer que les électeurs votent non pour défendre leur intérêt individuel, mais en tant que citoyens, capables de s'identifier avec le peuple comme unité politique – ce qui suppose un élément minimal de représentation[70]. Une représentation qu'il n'est donc pas permis de comprendre au sens d'un processus technique ou procédural d'intégration politique :

---

[67] « Indépendamment de cette objection, le choix opéré par Schmitt en faveur de l'identité démocratique aboutit à une rhétorique de la dénonciation des élites accusées de spolier le peuple. On peut estimer que ce discours s'adresse à un auditoire de "démocrates radicaux" et s'apparente aussi bien à la rhétorique de l'extrême gauche radicale qu'à celle de l'extrême droite populiste. C'est sans doute là l'une des sources de la grande fortune académique d'une œuvre qui, sous Weimar comme de nos jours, a toujours suscité l'intérêt d'un public politiquement hétérogène. » : Baumert, 2009, p. 142.

[68] Schmitt (1928), 1993, p. 351.

[69] Schmitt (1928), 1993, p. 344. * En français dans le texte.

[70] Schmitt (1928), 1993, p. 343.

> « La représentation n'est pas un processus normatif, une procédure, mais quelque chose d'existentiel. Représenter signifie rendre visible et actuel un être invisible par le truchement d'un être publiquement présent. »[71]

Ceci implique que, de même que la démocratie suppose toujours un élément de représentation qui rend ensuite possible la présentation *(Darstellung*) de l'unité politique, la représentation suppose inversement que l'existence de l'unité politique ne puisse se réduire à la diversité des groupes d'intérêts qui scindent la société civile. Le représentant incarne « le principe spirituel de l'existence politique », et c'est par cette incarnation qu'il peut être distingué selon Schmitt, du mandataire délégué. Or, cette définition de la représentation ainsi que son articulation avec l'identité démocratique donne le contenu réel de la démocratie substantielle de Schmitt. Car, si la réalisation du principe de l'identité désigne « la tendance à un minimum de gouvernement et de direction personnelle »[72], en revanche, elle permet aussi de par sa nature propre la représentation la plus immédiate possible de son unité et de sa volonté dans la personne de ses représentants. Et il devient inversement possible d'affirmer que ceux qui incarnent la volonté du peuple agissent *en tant* qu'ils expriment la volonté même du peuple – où le peuple est supposé se reconnaître dans la volonté de ses représentants[73]. Une conception radicalement autoritaire de la démocratie, qui cherche certes à écarter la définition libérale de la démocratie parlementaire, mais qui repose également selon nous sur la mise à l'écart de l'idée d'après laquelle la démocratie pourrait résider dans l'absence totale de représentation[74].

Ainsi, la définition substantielle de la démocratie, au moyen de laquelle le juriste avait déjà neutralisé les théories démocratiques de l'immanence et réduit pratiquement la démocratie à la détermination des moyens étatiques visant à produire l'homogénéité, permet ensuite au juriste d'écarter l'équation libérale qui identifie la démocratie avec le parlementarisme. A

[71] Schmitt (1928), 1993, p. 347.
[72] Schmitt (1928), 1993, p. 352.
[73] Ainsi que le souligne Renaud Baumert, pour Schmitt « la question politique n'est pas de savoir si le président incarne véritablement le peuple, mais de savoir si le peuple s'identifie, d'une manière ou d'une autre, à son président. » : Baumert, 2009, p. 150.
[74] D. Dyzenhaus souligne les tensions inhérentes à la théorie de la représentation et de l'identité de Schmitt, qui finissent par brouiller la distinction de la représentation et de l'identité : « Identity cannot be pushed too far since it requires a moment of representation in which some independent person or group of persons consciously and publicly acts in accordance with a reflexive understanding of what it is that is to be represented, and not of what should be represented. Thus it is difficult to see how he can stop the principle of representation collapsing into the principle of identity or *vice versa*. » : Dyzenhaus, 1997b, p. 55. Mais il nous semble que si Schmitt réintroduit un élément de représentation au cœur du principe d'identité, c'est d'abord pour écarter l'idée d'une organisation sans aucune représentation.

l'issue du raisonnement schmittien, le parlementarisme apparaît à la fois antidémocratique et, nous y reviendrons, anachronique. Mais l'opposition de la démocratie et du parlementarisme n'est pas sans viser un second objectif. Car, d'un côté, parce que la démocratie repose sur le principe de l'identité, donc sur l'homogénéité de la population, la dictature va se voir accorder une place centrale dans la structure théorique de la démocratie. De l'autre côté, l'opposition entre la démocratie et le parlementarisme va permettre à Schmitt de faire du rejet de la dictature une thèse libérale, propre au parlementarisme et contraire à la souveraineté populaire. Une argumentation qui n'est pas sans renverser, une nouvelle fois, la lecture que Schmitt faisait de Rousseau dans *la Dictature*.

C. La dictature au service de la démocratie

La définition substantielle de la démocratie dérivée de la réinterprétation du principe d'identité exige que l'homogénéité qui rend cette identité possible soit produite. Mais l'homogénéité ne signifie pas ici la relative adhésion de la population à des valeurs communes ou une certaine homogénéité sociale comme chez Heller[75]. L'identité démocratique suppose au contraire une homogénéité suffisante pour rendre possible un « minimum de direction personnelle » :

> « La réalisation du principe d'identité signifie la tendance à un minimum de gouvernement et de direction personnelle. Plus ce principe s'impose, plus les affaires politiques se résolvent "d'elles-mêmes", grâce à un maximum d'homogénéité donnée naturellement ou obtenue historiquement. »[76]

Mais si la démocratie se réalise sous la forme d'une identité maximale de la volonté du peuple et de la volonté des dirigeants politiques, l'homogénéité nécessaire pour réaliser l'ordre démocratique ne peut se réduire à un consensus restreint autour de valeurs communes, ainsi que nous l'avons vu. Elle doit être au contraire une homogénéité « pleine », c'est-à-dire que son extension, aussi bien en ce qui concerne la population que

[75] Heller (1928), 2001, pp. 204-205.
[76] Schmitt (1928), 1993, p. 352.

le champ des valeurs concernées, doit être maximalisée afin que l'identité soit réelle[77]. L'homogénéité signifie donc à la fois que la population partage les mêmes valeurs essentielles (pour tout ce qui concerne au moins le politique), et que la plus grande proportion possible des individus qui forment le peuple doit adhérer à ces valeurs[78]. Deux éléments qui fondent la définition spécifiquement démocratique de l'« égalité » démocratique selon Schmitt.

Schmitt admet que la démocratie soit porteuse d'une certaine idée d'égalité ; mais, selon lui, « il ne suffit pas de n'importe quelle égalité générale et indifférente qui existerait *sua sponte* sans égard à sa substance ou à sa valeur »[79]. Car l'identité démocratique suppose la création d'une homogénéité, et par suite l'exclusion de l'hétérogène. De telle sorte que l'égalité démocratique est toujours aussi, pour Schmitt, différentielle :

> « Toute démocratie véritable repose sur le fait que non seulement ce qui est semblable reçoit un traitement semblable, mais encore – conséquence inévitable – que ce qui est non semblable ne jouit point d'un traitement semblable. Dans la démocratie entre donc nécessairement comme ingrédient, pour commencer, l'homogénéité, et ensuite, si besoin est, la mise à l'écart ou l'exclusion de l'hétérogène. »[80]

Cette différenciation s'exprime d'abord dans le fait que certaines valeurs sont admises dans un groupe donné comme constitutives de la substance de la démocratie, à l'exclusion d'autres valeurs. Ensuite, toute démocratie écarte ceux qui ne sont pas citoyens des droits liés à l'égalité démocratiques :

> « Conséquence pour le point de vue politique et celui du droit public : celui qui n'est pas citoyen n'a rien à faire avec cette égalité démocratique. L'égalité ne signifie pas ici que les Athéniens vivant en démocratie ne se distinguaient pas des barbares ou que le peuple démocratique des Etats-Unis accepte n'importe quel étranger comme citoyen. »[81]

---

[77] C'est pourquoi l'affirmation de Norbert Campana d'après laquelle l'homogénéité chez Schmitt désigne un « sentiment d'appartenance à une Nation » qui prévaut sur les différences nous semble très en deçà de la notion d'homogénéité chez Schmitt. *Cf.* Campana, 2004, p. 41.

[78] Heller perçoit clairement les implications ultra-autoritaires de la théorie de Schmitt qui, en faisant de l'homogénéité sociologique le principe de la démocratie, veut à la fois nier le pluralisme et résorber la volonté du peuple dans celle de ses dirigeants : « Ce n'est donc pas le lien sociologique ou, éventuellement, social et éthique avec le peuple, qui caractérise le représentant démocratique. Un tel lien existe également en ce qui concerne le représentant autocratique. » : Heller (1928), 2001, p. 203.

[79] Schmitt (1928), 1993, p. 364.

[80] « Remarques sur l'opposition entre parlementarisme et démocratie » (1926), in Schmitt (1923), 1988, p. 106.

[81] Schmitt (1928), 1993, p. 365.

Ce principe différentiel n'est pas dû essentiellement à l'existence de l'Etat, et au principe d'une application limitée d'un ordre juridique sur un territoire et une population. Il procède bien davantage, pour Schmitt, de l'identité démocratique elle-même, qui n'est possible que si l'on écarte ceux qui lui font obstacle. De telle sorte que c'est inversement *parce que la démocratie est toujours substantielle qu'elle n'est possible que dans un Etat* :

> « La notion démocratique d'identité est une notion politique, et, comme toute véritable notion politique, elle se réfère à la possibilité d'une distinction. La démocratie politique ne peut donc pas reposer sur l'absence de distinction entre les hommes, mais seulement sur l'appartenance à un peuple précis, cette appartenance pouvant être déterminée par des facteurs très divers – idée d'une race commune, destin et tradition communs. L'égalité qui fait partie de l'essence même de la démocratie ne s'applique donc qu'à l'intérieur (d'un Etat) et pas à l'extérieur : au sein d'un Etat démocratique tous les nationaux sont égaux. »[82]

C'est seulement en tant qu'ils font partie d'un tout homogène que les individus peuvent être dits égaux, à l'exclusion de tous ceux qui n'en font pas partie, ou de ceux qui, parce qu'ils rejettent les valeurs démocratiques, pourraient en être exclus. Et c'est ensuite sur le fondement d'une telle égalité substantielle qu'il est possible de déduire une égalité en droit des citoyens :

> « L'égalité démocratique est donc une égalité substantielle. Comme tous les citoyens participent à cette substance, ils peuvent être traités comme égaux, avoir le même droit de suffrage et de vote, etc. »[83]

Une thèse dont la portée autoritaire est évidente, et qu'il est possible d'éclairer à la lumière de l'interprétation que Schmitt produit de la substance de l'égalité grecque. Car Schmitt note que Platon, « comme opposant de la démocratie, considère que le principal défaut de ce régime consiste à ne pas faire suffisamment de la vertu des citoyens (ἀρετή) le critère de distinction essentiel, et à rendre égaux les citoyens sans distinction, si bien que les hommes les plus divers se retrouvent dans une telle Constitution »[84]. Schmitt ajoute ensuite que, même pour Platon néanmoins, il est une évidence que « l'hétérogénéité » démocratique ne compte que des Hellènes libres. Ainsi que le note M. Senellart, en reprenant à son compte l'analyse platonicienne de la démocratie, Schmitt introduit une certaine ambigüité à l'égard

---

[82] Schmitt (1928), 1993, p. 365.
[83] Schmitt (1928), 1993, p. 366.
[84] Schmitt (1928), 1993, p. 366.

du contenu même de l'homogénéité démocratique. Car, pour Platon, le fait premier n'est pas l'hostilité, mais « l'altérité du *génos* barbare par rapport au *génos* grec. (…) Il y a donc là tout un discours sur la *phúsis*, le propre, l'être-en-commun, que Schmitt passe sous silence, masquant ainsi les présupposés normatifs de la définition platonicienne de l'ennemi »[85]. En laissant provisoirement de côté la question de l'hostilité, qui fera l'objet d'un traitement dans notre chapitre 3, notons seulement que Schmitt introduit à l'évidence à flottement concernant le contenu de l'homogénéité démocratique, qui laisse ouverte la possibilité que la race constitue le principal fondement de cette homogénéité. Mais outre ce flottement, que nous avons examiné dans le chapitre A, il apparaît que la conception de l'homogénéité schmittienne résout la critique antidémocratique de Platon en se faisant plus antidémocrate encore que le philosophe athénien. Car le reproche que Platon émet à l'encontre de la démocratie porte précisément sur l'hétérogénéité du peuple soumis à des désirs les plus divers et inconstants. Une diversité que Schmitt annule, ou relativise, avec le principe de l'identité, de telle sorte qu'il ne demeure de l'hétérogénéité démocratique platonicienne que le caractère *indéterminé* de la substance même de l'égalité démocratique.

> « La substance de l'égalité peut varier avec les démocraties et les peuples. »[86]

Selon Schmitt, nulle valeur n'est spécifiquement démocratique[87]. Et il serait tentant de rapprocher cette affirmation de celle de Kelsen d'après lequel la démocratie repose sur une base relativiste[88], si elle n'en renversait pas explicitement le contenu ainsi que l'objectif. Car, pour Kelsen, c'est parce que la démocratie repose sur un relativisme en valeur que le contenu de la « volonté générale » peut seulement être le résultat toujours provisoire d'une compétition discursive. Pour Schmitt, en revanche, une telle compétition discursive relève de la compétition libérale des opinions dans le meilleur des cas, dont l'objectif vise précisément à éviter toute décision tranchée et, dans le pire, de la lutte des intérêts privés.

---

[85] Senellart, 2009, pp. 6-7.
[86] Schmitt (1928), 1993, p. 366.
[87] L'idée d'après laquelle la substance de la démocratie n'est jamais donnée par avance s'exprime dans la thèse d'après laquelle la démocratie est une notion essentiellement *indéterminée* dont le contenu et les objectifs ne sont pas univoques : elle est seulement une « foi » dans une identité pouvant se réaliser dans de multiples formes de représentations. Et c'est pourquoi la substance de la démocratie s'est perdue, selon Schmitt, suite à la défaite de la monarchie qui donnait encore au début du XIXe siècle son contenu réel à la démocratie : « Lorsque son adversaire le plus important, le principe monarchique, sombra, elle y perdit elle-même en précision pour son contenu et se mit à partager le destin de tout concept polémique. » : Schmitt (1923), 1988, p. 30.
[88] Kelsen (1929), 2004, p. 210. *Cf.* Baume, 2007, p. 32 et ss. Nous reviendrons au chapitre 2B sur la conception de la démocratie de Kelsen.

Mais, dans les deux cas, elle ne produit pas l'homogénéité en valeur nécessaire pour fonder l'identité démocratique, laquelle suppose que certaines valeurs *s'imposent absolument contre d'autres valeurs*. En ce sens, la démocratie telle que la définit Schmitt n'est pas relativiste en raison du caractère *absolu* des valeurs démocratiques.

Reste qu'il serait encore possible de défendre l'idée d'après laquelle la définition moderne de la démocratie a justement acquis le sens d'une égalité universelle entre tous les hommes. Mais, par une inversion redoutable, Schmitt écarte que la définition universelle de l'égalité puisse s'imposer comme l'une des valeurs de la démocratie à une époque donnée, parce qu'elle est contraire par essence, selon lui, à la définition politique de la démocratie, laquelle repose toujours sur un principe différentiel – où l'homogénéité n'est telle que par exclusion de l'hétérogène :

> « Une égalité qui n'a pas d'autre contenu que l'égalité commune à soi de tous les hommes serait une inégalité apolitique, parce qu'il lui manque le corolaire d'une inégalité possible. Toute égalité tire son importance et son sens de la corrélation avec une inégalité possible. »[89]

En d'autres termes, une fois admis que l'identité démocratique est une forme de l'unité politique qui suppose l'homogénéité, il est exclu qu'elle puisse en même temps signifier un principe d'universalité. L'égalité universelle se voit par suite réduite à une universalité apolitique, sans contenu, caractéristique du libéralisme, qui cherche à la fois à assurer la préservation des libertés bourgeoises[90] tout en neutralisant les « véritables » revendications démocratiques. Sur ce fondement, Schmitt peut même faire de la définition universelle – et donc apolitique – de la démocratie le masque des inégalités réelles qui échappent à la définition abstraite de l'égalité universelle :

> « La où une égalité indifférenciée, pensée sans le corrélat d'une inégalité, s'empare réellement d'un secteur de la vie humaine, ce secteur aussi perd lui-même sa substance et se trouve recouvert par un autre, où les inégalités peuvent dès lors se donner sans retenue libre cours. »[91]

Cette affirmation signifie d'abord que toute lutte contre des inégalités suppose de définir la substance de l'égalité (ainsi, l'égalité en droit diffère sensiblement de l'égalité

[89] Schmitt (1928), 1993, p. 365.
[90] « L'importance [de l'idée de l'égalité humaine universelle] pour la théorie constitutionnelle tient à ce qu'elle fait partie de l'individualisme libéral et qu'elle sert au principe des droits fondamentaux. » : Schmitt (1928), 1993, pp. 364 et 365.
[91] « Remarques sur l'opposition entre parlementarisme et démocratie » (1926), in Schmitt (1923), 1988, pp. 110 et 111.

économique) ; de telle sorte que l'absence de contenu substantiel de la définition de l'égalité permettrait de masquer les inégalités réelles derrière la proclamation abstraite de l'égalité universelle. En outre, pour Schmitt, la démocratie est toujours exclusive, parce qu'elle désigne ceux qui sont autorisés à prendre part au processus de décision et ceux qui en sont écartés. Mais que l'on ne s'y trompe pas, l'argumentation de Schmitt ne vise ni à désigner la substance spécifique de l'égalité démocratique (par exemple, l'économie), ni à défendre la participation réelle du citoyen contre une égalité abstraite. Pour Schmitt, l'égalité démocratique procède du principe d'identité des gouvernants et des gouvernés, de telle sorte qu'elle lui permet à la fois d'écarter tout contenu en valeur spécifique et à la fois d'aspirer la volonté populaire dans celles des gouvernants[92]. En dépit de l'apparente puissante théorique d'une thèse s'attaquant au caractère abstrait de l'égalité universelle qui en masquerait l'ineffectivité, la théorie de l'égalité schmittienne est une fois encore ultra-autoritaire : car, si la définition universelle de l'égalité n'est pas démocratique au regard de Schmitt, c'est exclusivement parce qu'elle ne vise pas à fonder une unité politique homogène, justifiant seule à ses yeux la défense de l'égalité « réelle » des individus. L'essentiel étant clairement que nuls principe ni valeur ne sont plus supposés intrinsèquement démocratiques. Et, par suite, aucun moyen n'est en soi antidémocratique lorsqu'il s'agit de réaliser l'homogénéité démocratique.

Si la démocratie réside seulement dans sa capacité structurelle à produire l'identité politique, indépendamment de tout contenu spécifique, aucun instrument ne semble essentiellement contraire à la production de l'homogénéité[93]. Certes, la production de l'identité démocratique se réalise en situation ordinaire et lorsque l'ordre démocratique est déjà établi grâce aux moyens offerts par le contrôle des instruments étatiques (l'école, la maîtrise de la censure, etc.), ainsi que nous l'avons vu précédemment. Et la *Théorie de la Constitution* esquisse l'idée d'après laquelle l'homogénéité première, qui donne lieu à la fondation d'une démocratie peut être « donnée naturellement ou obtenue

---

[92] C'est pourquoi, en dépit des analyses très intéressantes par ailleurs de C. Mouffe, il nous semble cependant bien généreux de comprendre la définition de l'égalité schmittienne comme un simple rejet de la définition universaliste libérale de l'égalité. Car, si Schmitt rejette bien cette dernière définition, c'est au profit d'une définition substantielle de l'égalité qui n'est certainement pas favorable à la participation des citoyens. *Cf.* Mouffe, 1998, pp. 17 et 18.

[93] Dyzenhaus a nettement souligné le lien qui lie la démocratie substantielle de Schmitt et la dictature : « However dramatic this link between dictatorship and democracy might appear, it was for Schmitt no more than the logical consequence of his absolute conception of constitution and of constitutive power. »: Dyzenhaus, 1997b, p. 58.

historiquement »[94]. Mais l'histoire a largement montré, pour Schmitt, comment cette homogénéité s'est imposée[95] – ainsi qu'en témoignent les chapitres portant sur la Révolution française dans *La dictature*. C'est pourquoi, y compris dans les théories rationalistes des Lumières, la « dictature, [est] la suspension de la démocratie au nom de la vraie démocratie, encore à réaliser »[96]. En vertu de la définition même de la démocratie, il doit donc être admis que la fondation d'un ordre démocratique, tout comme sa sauvegarde en situation de crise, peuvent nécessiter des moyens « non démocratiques » :

> « Il semble donc être du destin de la démocratie de s'auto-supprimer (selbstaufzuheben) dans le problème de la formation de la volonté. Pour le démocrate radical, la démocratie comme telle possède une valeur propre, sans regarder au contenu de la politique qu'on fait à l'aide de la démocratie. »[97]

Ce qui ne signifie pas autre chose sinon que la production de l'identité démocratique peut se réaliser au détriment des droits de certains individus ou à l'encontre des procédures formelles mettant en œuvre le principe démocratique d'après lequel chacun possède également le droit d'être libre[98]. Et c'est effectivement l'un des principaux objectifs de *Parlementarisme et démocratie* que d'établir le caractère compatible de la démocratie et de la dictature, à l'encontre des théories libérales de la démocratie parlementaire :

> « Il peut y avoir une démocratie sans ce que l'on nomme parlementarisme moderne et il peut y avoir un parlementarisme sans démocratie ; et la dictature n'est pas davantage l'opposition décisive à la démocratie que ne l'est la démocratie par rapport à la dictature. »[99]

Pour Schmitt, l'opposition entre la dictature et la démocratie est le fruit de la pensée libérale. Car dès lors que l'objectif principal de l'Etat de droit libéral consiste à garantir la préservation des libertés individuelles au moyen d'un strict respect de la légalité et du

---

[94] Schmitt (1928), 1993, p. 352.
[95] « When there is no such homogeneity, there are various peaceful methods of creating it, for example, separation or assimilation. "Other methods are quicker and more forcible : abolition of the alien component by repression, resettlement of the heterogeneous population and other similar methods". The methods required to create homogeneity demonstrate, for Schmitt the antithesis between democracy and the liberal ideal of freedom and equality of all individuals with each other. » : Dyzenhaus, 1997b, p. 56.
[96] Schmitt (1923), 1988, p. 35.
[97] Schmitt (1923), 1988, p. 34.
[98] « Dès que la démocratie acquiert le contenu d'une valeur donnée en soi, il devient impossible (au sens formel) d'être démocrate à tout prix. » : Schmitt [1923], 1988, p. 35. Cette conception formelle ou procédurale de la démocratie, reposant sur une définition formelle de l'égalité, où tous les individus ont également le droit d'être libres, est celle de Kelsen.
[99] Schmitt (1923), 1988, p. 39.

principe de séparation des pouvoirs, la dictature doit être impérativement rejetée du côté de la violence et de l'abus de pouvoir. Mais Schmitt écarte l'identification du parlementarisme libéral et de la démocratie : la démocratie ne consiste pas dans un système de procédures techniques de production de la volonté générale, mais elle est une identité substantielle de la volonté des gouvernants et des gouvernés. Et, en ce sens, la démocratie est non seulement compatible avec la dictature, mais elle la suppose même nécessairement dès lors que l'homogénéité qui la fonde est gravement menacée[100].

Ainsi, après avoir fait de l'état d'exception la limite de toute théorie immanente de la démocratie, Schmitt produit une définition substantielle de la démocratie qui lui permet à la fois d'aspirer la volonté populaire dans l'autorité supposée l'incarner, et de mettre la dictature au service de la démocratie. L'inspiration fasciste d'une telle conception de la démocratie n'est plus à démontrer. Et bien des commentateurs ont souligné l'attrait exercé par Mussolini sur la pensée du juriste. C'est pourquoi il est alors tentant, pour contrer les thèses de Schmitt, de faire inversement de la démocratie libérale un rempart contre toute définition substantielle de la démocratie et contre la dictature. Une position adoptée par bien des commentateurs de Schmitt, pour lesquels c'est l'antilibéralisme du juriste qui le mène en dernière instance au fascisme[101].

Pourtant, comme bien des auteurs n'ont pas manqué de le souligner, la critique schmittienne du libéralisme n'est pas dénuée d'ambiguïtés. Et David Dyzenhaus fait même de la position adoptée par Schmitt à l'égard du libéralisme l'enjeu des conflits d'interprétation actuels portant sur la théorie du juriste[102].

Or, il nous semble que si le juriste critique d'un côté violemment l'Etat libéral pour son impuissance et sa neutralité politique, d'un autre côté, il invite subtilement les libéraux conservateurs à défendre l'Etat de droit libéral sous sa forme authentique. Et, sous cet

---

[100] Selon S. Baume : « Premièrement, la dictature s'oppose à toutes limites constitutionnelles et à toutes garanties des libertés (civiles ou politiques) que l'Etat constitutionnel moderne a établies par la soi-disant séparation des pouvoirs et par l'établissement des droits fondamentaux. Deuxièmement, elle s'oppose à la discussion parlementaire, c'est-à-dire à cet équilibre qui résulte de la confrontation des opinions. Troisièmement, elle s'oppose à la démocratie bourgeoise, c'est-à-dire à la participation de tous les citoyens dans l'exercice de leur droit politique, sans distinction de classe. En d'autres termes, la dictature s'oppose à tout ce qui entraine une restriction des pouvoirs de l'Etat ou qui fragmente son pouvoir : elle est antilibérale, antiparlementaire et antidémocratique. » : Baume, 2008, pp. 103-104 Il est certain que la théorie de la dictature schmittienne vise à s'opposer au morcellement du pouvoir. Néanmoins, elle est intrinsèquement articulée, à partir de 1923, avec la question de la création de l'homogénéité démocratique, dont la question de l'unité de l'Etat ne suffit pas à rendre compte selon nous.

[101] Ainsi, pour H. Bielefeldt : « Although Schmitt until 1933 opposed the Nazi party, his ardent anti-liberalism entails from the outset the potential for fascism. » : Bielefeldt, 1998, p. 24. Cette thèse est défendue notamment par J. Habermas et par D. Dyzenhaus. Nous y reviendrons par la suite.

[102] Cf. D. Dyzenhaus, 1997, pp. 39 et 40.

angle, il n'est pas certain qu'il existe une opposition si nette entre le libéralisme et la dictature, ni même entre le libéralisme et une conception substantielle de la démocratie dans la théorie schmittienne.

II. Libéralisme, pluralisme et démocratie

Si la critique du libéralisme constitue certainement l'un des fils rouges de la pensée de Schmitt durant toute la période de Weimar, son contenu fait néanmoins l'objet d'une constante évolution au gré du contexte politique[103]. Mais, surtout, jusqu'à l'ouvrage sulfureux de 1932 lui-même, l'analyse du juriste se maintient dans une pénombre ambigüe, et elle laisse le lecteur hésitant sur l'objectif des critiques antilibérales. Or, nous allons voir que si Schmitt engage d'un côté une violente polémique avec le libéralisme, dont il critique l'impuissance à préserver l'unité étatique, voire à assurer sa propre sauvegarde, d'un autre côté, il invite les libéraux à prendre les moyens de préserver les valeurs de la démocratie libérale. Une double stratégie qui exige de distinguer deux formes antinomiques du libéralisme, une forme neutre et procédurale et une forme plus substantielle et conservatrice, dont la seconde n'est pas contradictoire avec une possible dictature. Nous verrons alors dans un dernier moment que, par cette stratégie, Schmitt invite les libéraux conservateurs à prendre conscience de ce qui constitue à ses yeux le véritable danger pour l'unité de l'Etat : le pluralisme.

A. La critique interne du libéralisme

Bien que la critique du libéralisme constitue l'un des axes dominants de la pensée de Schmitt sous la période de Weimar, sa définition même demeure assez incertaine. Car le libéralisme n'est pas d'abord pour Schmitt une théorie politique déterminée, mais une forme de pensée dont la généralité et l'historicité constituent les deux éléments marquants.

[103] L'évolution du vocabulaire de Schmitt témoigne d'ailleurs d'une telle évolution stratégique. Ainsi, concernant l'analyse du parlementarisme, système libéral par excellence, au moins jusqu'en 1928, le juriste passe d'une analyse du « parlementarisme », puis du « système parlementaire », à l'annonce de la faillite de l'« Etat législateur parlementaire ».

En effet, le libéralisme prend d'abord son essor au XIX[e] siècle, au sein de la bourgeoisie, et demeure lié à une structure sociopolitique historiquement donnée. Il est ensuite une *forme générale de pensée* qui se construit autour d'un individualisme bourgeois, et qui se développe sous la forme d'une théorie économique et politique, d'une métaphysique rationaliste et enfin d'une morale universaliste. Schmitt demeure assez allusif concernant cette forme générale de pensée, qu'il analyse essentiellement dans sa transcription politico-juridique[104]. Quant au caractère central, sinon exclusif, de la définition politique du libéralisme, il consiste dans sa dimension *apolitique*, ou, pour mieux dire, dans sa *négation du politique*[105], dont le juriste analyse ensuite le sens et les traductions institutionnelles.
Cette négation du politique procède du fondement individualiste de la pensée libérale, qui fait de la préservation de l'individu et des sphères qui touchent à l'activité individuelle à l'encontre des atteintes de l'Etat le socle commun de toute politique libérale :

> « Mais la question est de savoir si le principe pur et rigoureux du libéralisme individualiste peut donner naissance à une conception spécifiquement politique. Il faut répondre par la négative. Car, si la négation du politique impliquée dans tout individualisme conséquent commande une praxis politique de défiance à l'égard de toutes les puissances politiques et de tous les régimes imaginables, elle n'aboutira toutefois jamais à une théorie positive de l'Etat et du politique qui lui soit propre. »[106]

En laissant provisoirement de côté la question portant sur l'essence du politique, sur laquelle nous reviendrons par la suite, soulignons seulement que la politique libérale se déploie négativement sous la forme d'une pensée défiante à l'égard de la politique[107]. Identifiée jusqu'en 1932 à la politique, l'Etat constitue effectivement toujours une menace pour les libertés individuelles, que la bourgeoisie libérale du XIX[e] siècle s'est engagée à défendre au moyen du droit… et de la politique. Un effort qui trouve sa traduction juridique et institutionnelle dans l'essor de l'Etat de droit d'une part, et dans le système parlementaire d'autre part.

---

[104] *Cf.* Mehring, 1998, p. 134 : « Schmitt's critique of liberalism is omnipresent in his œuvre ; equally so is his avoidance of any detailed description of the liberal complex of ideas. As a jurist less interested in political ideas than in their institutional consequences, he viewed liberalism as en embodiment of the Weimar Constitution with which he had to grapple ». *Cf.* également Simard, p. 141.

[105] En effet, bien que Schmitt souligne régulièrement le caractère apolitique du libéralisme en raison de son impuissance à fonder une véritable unité politique, il possède bien pourtant une dimension politique, précisément dans sa *négation* du politique.

[106] Schmitt (1932), 1992, pp. 114 et 115.

[107] Cf. Dyzenhaus, 1997b, p. 39.

L'Etat de droit (*Rechtsstaat*) constitue l'une des expressions les plus abouties des revendications de la bourgeoisie allemande du XIXe siècle[108]. En 1928[109], il se définit de manière générale comme tout Etat « soumis à un système de normes juridiques ou identifié tout simplement à ce système de normes »[110], dont la finalité consiste à protéger les libertés individuelles bourgeoises[111] contre les abus de la puissance publique[112]. Un tel effort de soumission de l'Etat au droit n'engage aucune décision portant sur le genre et la forme de l'unité politique (démocratie, aristocratie, monarchie), mais implique « seulement une collection d'entraves et de contrôles de l'Etat, un système servant à garantir la liberté bourgeoise et à relativiser le pouvoir (*Macht*) de l'Etat »[113]. C'est pourquoi l'Etat de droit est compatible avec n'importe laquelle des formes de gouvernement, du moment qu'elle demeure modérée :

> « Les principes de la liberté bourgeoise peuvent donc se combiner avec toute forme de gouvernement pourvu que les bornes libérales imposées au pouvoir de l'Etat soient reconnues, et que l'Etat ne soit pas "absolu". »[114]

Mais si l'Etat de droit n'est porteur d'aucune décision sur la forme de gouvernement caractérisant l'unité politique, il engage néanmoins une conception globale de l'Etat. Celle-ci se réalise au moyen d'un certain nombre de principes qui constituent les corolaires de l'idée de la liberté bourgeoise et qui fondent la composante libérale de la Constitution moderne de l'Etat de droit bourgeois.

Le premier de ces corolaires est un principe de répartition, qui pose l'antériorité de la liberté individuelle illimitée sur l'Etat, tandis que ce dernier ne reçoit inversement qu'un

---

[108] Schmitt (1928), 1990, p. 32.
[109] L'Etat de droit fait l'objet d'une analyse précise dans la *Théorie de la Constitution* ainsi que dans un article datant de 1928 également, « L'Etat de droit bourgeois ».
[110] Schmitt (1928), 1993, p. 263.
[111] Les libertés bourgeoises sont la liberté personnelle, la propriété privée, la liberté de commerce, etc. bref, toutes les libertés nécessaires à l'activité économique de la bourgeoisie.
[112] A l'encontre de ce qu'il admet dans *la Dictature*, Schmitt insiste dans la *Théorie de la Constitution* sur l'insuffisance du sens général de l'expression « Etat de droit », qui désigne seulement « tout Etat qui respecte sans faillir le droit objectif en vigueur et les droits subjectifs existants ». Une telle définition permet effectivement de qualifier d'Etat de droit n'importe quel Etat dans lequel les droits acquis (des individus, des corporations, des états, etc.) limitent l'action de l'Etat, comme c'est le cas par exemple dans l'Etat de droit médiéval. Mais c'est l'Etat de droit bourgeois dont Schmitt vise à produire l'examen dans la *Théorie de la Constitution*, et celui-ci possède une définition qui comprend l'ensemble des éléments nécessaires à la préservation des libertés bourgeoises. Schmitt (1928), 1993, pp. 267-268. *Cf.* Egalement Kervégan, 1992, pp. 49 et 50.
[113] Schmitt (1928), 1993, p. 337.
[114] Schmitt (1928), 1993, p. 338.

pouvoir limité et des compétences déterminées[115]. Un tel principe, qui trouve son expression dans la proclamation des droits fondamentaux[116], vise à préserver les libertés individuelles des atteintes étatiques, y compris, souligne Schmitt, de la part du législateur[117]. C'est pourquoi il doit s'accompagner ensuite d'un principe d'organisation dont le but est de mettre en application le principe de répartition[118], soit de garantir « la sphère illimitée des possibilités de l'individu [tandis] que l'Etat, lui, reste contrôlable »[119]. Ce second principe se réalise au moyen de la division des pouvoirs, ainsi que par la soumission de l'activité de l'Etat à la légalité, qui visent à créer un système d'entraves que des critères juridiques plus précis ont eu pour tâche ensuite de mettre en œuvre[120].

Les deux principes très généraux de la séparation des pouvoirs et de la légalité ont ensuite conduit au développement de critères juridiques plus précis, sans lesquels les droits individuels n'étaient pas encore véritablement garantis à l'encontre de l'intervention des pouvoirs publics. Ils se structurent autour de trois exigences principales : une soumission de l'activité de l'Etat à la prédominance de la loi ; une mensurabilité de l'ensemble des compétences étatiques ; et, enfin, le développement des moyens d'un contrôle juridictionnel le plus abouti de la vie de l'Etat[121].

L'exigence de mensurabilité (*Messbarkeit*) des compétences est inhérent au principe de séparation des pouvoirs, lequel répond lui-même au principe de répartition, qui « veut que la liberté de l'individu soit en principe illimitée, tandis que toute compétence de l'Etat est par principe limitée et donc mesurable »[122]. Toute compétence étatique doit être ainsi précisément *mesurée* et encadrée par un « filet de compétences » dont le système global n'est autre que la Constitution elle-même, et qui exclut par principe tout pouvoir illimité[123].

L'exigence d'un possible contrôle juridictionnel de l'ensemble des actes étatiques se déduit pour sa part du principe de légalité, lequel n'est garanti que par l'instauration d'un contrôle étendu s'appliquant à tous les niveaux de l'administration et exigeant par suite l'indépendance du juge[124]. La « juridictionnalité générale de l'ensemble de la vie de

---

[115] Schmitt (1928), 1993, p. 264. Schmitt (1928), 1990, p. 33.
[116] Schmitt (1928), 1993, p. 265.
[117] Schmitt (1928), 1993, p. 302.
[118] Schmitt (1928), 1993, p. 264.
[119] Schmitt (1928), 1990, p. 33.
[120] Schmitt (1928), 1993, p. 264. Schmitt (1928), 1990, pp. 33 et 34.
[121] « Principe de légalité, respect des compétences, possibilité de contrôle et juridictionnalité (*Justizförmigkeit*) produisent ainsi le système clos de l'Etat de droit bourgeois. » : Schmitt (1928), 1993, p. 270.
[122] Schmitt (1928), 1993, p. 269.
[123] Schmitt (1928), 1993, p. 270.
[124] Schmitt (1928), 1993, pp. 270 et 271.

l'Etat » constitue même, selon Schmitt, « l'idéal complet de l'Etat de droit bourgeois », qui tend à réduire l'Etat à n'être qu'une instance arbitrale neutre de résolution de tous les genres de conflits au moyen de procédures juridictionnelles[125].

Enfin, il faut nous arrêter sur la première exigence de l'Etat de droit, qui consiste à protéger les libertés individuelles en admettant que « tout empiètement sur le domaine des libertés individuelles ne peuvent avoir lieu que *sur le fondement d'une loi* »[126]. Un critère qui constitue véritablement le cœur de l'Etat de droit libéral.

Selon Schmitt, « l'Etat de droit bourgeois repose sur la "domination de la loi". »[127] Pour saisir la pleine mesure d'une telle affirmation, dont les conséquences sont essentielles dans l'évolution de la critique antilibérale de Schmitt, il faut insister sur la définition même de la « notion libérale de loi » dans la *Théorie de la Constitution*. Car Schmitt récuse que la loi en son sens libéral caractéristique de l'Etat de droit bourgeois puisse se définir de manière purement formelle, comme étant toute réglementation produite selon les formes prescrites par la Constitution. Bien au contraire, la loi au sens propre du terme doit posséder « certaines *qualités* qui permettront de distinguer entre une *norme juridique* et un simple *ordre* d'une volonté ou une *mesure* »[128]. Ainsi que l'analyse Schmitt dès *Parlementarisme et Démocratie*, c'est d'abord par sa généralité que la loi se distingue d'un commandement ou d'un « ordre (*Befehl*) personnel, émis au cas par cas »[129]. Car, tandis que le commandement suppose un rapport de domination entre celui qui produit l'ordre et celui qui l'exécute, inversement, la loi générale, par son abstraction et sa stabilité, témoigne du « refus de la domination des hommes, que ce soit d'un individu, d'une assemblée ou d'un corps constitué dont la volonté prend la place d'une norme égale pour tous, générale et définie par avance »[130]. La généralité de la loi écarte donc, à la fois, l'idée d'une discrimination ainsi que celle d'un arbitraire subjectif et garantit, en premier, lieu la soumission du législateur lui-même à la loi qu'il produit[131]. C'est pourquoi elle s'accompagne nécessairement du principe de séparation des pouvoirs et d'une rigoureuse soumission du règlement et de la mesure à la loi, sans laquelle le principe même de la séparation des pouvoirs est vide[132]. Mais Schmitt va plus loin encore. Car, selon lui, « que le législateur soit lié par sa loi n'est possible que lorsque la loi est une norme avec

[125] Schmitt (1928), 1993, p. 272.
[126] Schmitt (1928), 1993, p. 269.
[127] Schmitt (1928), 1993, p. 276.
[128] Schmitt (1928), 1993, pp. 277 à 280.
[129] Schmitt (1923), 1988, p. 53.
[130] Schmitt (1928), 1993, p. 278.
[131] Schmitt (1928), 1993, p. 278.
[132] Schmitt (1928), 1993, pp. 279 et 280.

certaines qualités : justesse, rationalité, équité, etc. »[133]. Des qualités qui présupposent certes, toutes, la généralité de la loi, mais ne s'y réduisent pas ; de telle sorte qu'il s'agit bien ici d'un certain *contenu* propre à la loi, et qui s'impose au législateur. Ainsi, la définition matérielle de la loi comme règle de droit portant sur les limites de la liberté personnelle et de la propriété, caractéristique de la période impériale, est une authentique définition libérale de la loi pour Schmitt. Mais cette dernière ne peut jamais être rigoureusement formelle et se réduire à la loi produite par les instances compétentes selon la procédure requise, sans mettre en danger la teneur substantielle de l'Etat de droit libéral. Ce qui signifie que le principe de légalité auquel est tenu l'Etat de droit ne peut être compris comme un principe formel, mais consiste bien en un principe *matériel* de légalité, de même que l'Etat de droit libéral tel que le décrit Schmitt sous sa forme originelle est un *Etat de droit matériel*[134], fondé sur la définition libérale de la loi. Et c'est dans la réalisation de ce règne de la « loi libérale » qu'a consisté, au regard de Schmitt, la fonction historique du parlementarisme, qui constitue la traduction institutionnelle de l'idéal de l'individualisme bourgeois.

Le parlementarisme est l'instrument sur lequel la bourgeoisie s'est appuyée pour réaliser l'« Etat de loi » (*Gesetzesstaat*), soit la pleine domination de la loi caractéristique de l'Etat de droit libéral[135]. Il est donc, à proprement parler, « le système politique de la bourgeoisie libérale »[136]. Mais la notion libérale de la loi est une notion substantielle, selon Schmitt, qui se traduit dans une définition matérielle. C'est pourquoi il est nécessaire d'analyser les

---

133 Schmitt (1928), 1993, p. 278.

134 Schmitt écarte donc implicitement la définition formelle de l'Etat de droit comme simple ordre juridique hiérarchisé où tout acte juridique est l'application d'une norme supérieure, en défendant explicitement le « substrat de l'Etat de droit », dont J. Chevallier souligne le terreau historique et la valeur qui lui est associée :

« La construction de la théorie de l'Etat de droit n'est pas le fait du hasard ou le produit d'une logique purement interne au champ juridique : la théorie s'est épanouie sur un terreau idéologique, enracinée dans une certaine réalité sociale et politique ; privée de ce substrat, elle n'apparaît plus que comme une coquille vide, un cadre formel, et devient au sens premier du terme « insignifiante ». (…) Le thème est lié à un ensemble de représentations et de valeurs qui, lentement forgées au fil de l'histoire des pays européens, constituent ses conditions de possibilité : l'Etat de droit présuppose une vision de l'Etat, entité abstraite et collective distincte de la "société civile", et du droit, perçu comme exprimant l'idéal de "justice". » : Chevallier, 2003, p. 52.

Une description de l'Etat de droit que n'aurait certainement pas reniée Schmitt, qui vise précisément, par sa description historique, à déterminer le contenu idéologique ou substantiel de l'Etat de droit libéral et à montrer, par suite, l'écart qui s'est peu à peu produit entre cette définition originelle de l'Etat de droit et son évolution rationnelle-technique ultérieure, qui trouve à la fois son origine et sa traduction dans la faillite de l'Etat législateur parlementaire.

135 Le parlementarisme peut donc être défini, selon les termes de J.F. Kervégan, comme « la réalisation adéquate du principe du règne de la loi, du *Gesetzstaat.* » : Kervégan, 1992, p. 62.

136 Schmitt (1928), 1993, p. 453.

éléments caractéristiques du parlementarisme à la lumière de son objectif propre, ou *originel*, qui consiste non pas seulement à produire la loi, mais à produire la loi au sens *libéral* du terme.

Effectivement, on ne saisit le « cœur intellectuel du parlementarisme moderne »[137] que si l'on prend pleinement conscience de sa mission libérale, qui consiste à faire de la domination de la loi (libérale) le moyen de préserver les libertés individuelles. Ainsi, la foi dans la discussion, la défense inconditionnelle de son caractère public ainsi que dans le principe de mise en balance des pouvoirs, se fondent sur la croyance à partir de laquelle le débat public doit produire la vérité et la justice[138]. Ce qui signifie inversement que le Parlement ne peut se transformer en une instance d'enregistrement technique sans mettre en péril les libertés individuelles qu'il est censé promouvoir[139].

Mais, ensuite, c'est également de l'idée d'après laquelle le Parlement réalise la domination de la loi que l'institution bourgeoise tire son caractère *représentatif*. Car, en vertu de son essence propre, le parlementarisme n'est déjà pas une véritable forme politique. Il est plutôt un *système* composé de différents éléments structurels qu'il emprunte aussi bien à la monarchie, à l'aristocratie qu'à la démocratie. Un mélange qui lui permet « d'empêcher tout absolutisme, que ce soit celui de la monarchie, de la démocratie ou du Parlement lui-même, c'est-à-dire d'une aristocratie ou oligarchie »[140]. Cependant, il n'en possède pas moins une fonction représentative qui vise à réaliser l'unité politique au moyen de l'intégration des intérêts divergents, conformément au principe de représentation dont il est l'expression. Or, le Parlement ne demeure véritablement le représentant de l'unité politique qu'aussi longtemps que la loi conserve ses qualités. Car, dès qu'elle devient le simple produit d'un rapport de forces entre des groupes d'intérêts opposés, le Parlement cesse de représenter la nation tout entière, et ne permet donc plus de réaliser l'unité politique.

Or, c'est ce processus de dégradation de la loi et du parlementarisme authentique dont Schmitt réalise le procès dès 1923, jusqu'à l'annonce radicale de la faillite de l'Etat législateur parlementaire dans *Légalité et Légitimité*. Un procès qui conduit le juriste à dénoncer de manière systématique l'impuissance du parlementarisme à maintenir l'unité politique d'une part, et son évolution vers une neutralité autodestructrice, d'autre part.

---

[137] Schmitt (1923), 1988, p. 46.
[138] Schmitt (1923), 1988, p. 62.
[139] Dyzenhaus, 1997b, p. 60.
[140] « Par le mélange et le balancement, il empêche tout absolutisme, que ce soit celui de la monarchie, de la démocratie ou du Parlement lui-même, c'est-à-dire d'une aristocratie ou d'une oligarchie (…) C'est donc le système politique de la bourgeoisie, et il ne souffre que de la carence qui est vraiment propre à cette idée d'Etat de droit : il veut élucider la décision politique ultime, et contourner la conséquence inévitable des principes de forme politique. » : Schmitt (1928), 1993, p. 453.

Dès *Parlementarisme et Démocratie*, le juriste dessine les grands traits d'une dégradation du parlementarisme liée à l'évolution des conditions sociopolitiques de la vie institutionnelle allemande. Cette dégradation concerne tout d'abord la capacité du Parlement à produire l'unité en intégrant la diversité des intérêts. Car le parlementarisme bourgeois du XIXe siècle fut l'instrument spécifique de l'intégration politique de la bourgeoisie. Et l'ensemble de sa structure repose à la fois sur la relative homogénéité de la classe bourgeoise ainsi que sur les qualités propres de la bourgeoisie. Or, le transfert de la méthode d'intégration de la bourgeoisie dans le Parlement vers celle du prolétariat « méconnaît la structure théorique du Parlement, déterminée essentiellement par des qualités comme l'instruction et la propriété »[141]. C'est pourquoi le processus de création de la loi n'est plus le produit de la discussion rationnelle et du débat public. Sous la pression du pluralisme de groupes aux intérêts inconciliables, la discussion publique a désormais cédé la place aux « commissions de partis ou [aux] coalitions de partis, restreintes et ramenées au minimum de participant, [et qui] prennent des décisions derrière des portes closes »[142]. La volonté générale s'est transformée en un simple calcul issu du rapport de forces des intérêts privés représentés (*vertreten*) à l'Assemblée[143], et la foi dans la discussion publique s'est peu à peu éteinte. En d'autres termes, Schmitt dénonce l'impuissance du Parlement à réaliser l'unité politique au moyen de l'intégration des opinions contraires : le Parlement a perdu sa puissance de représentation. L'objectif étant alors de construire une ferme opposition de la démocratie et du parlementarisme, afin montrer l'inadéquation du parlementarisme avec les nouvelles conditions sociopolitiques de la vie allemande.

Dans la *Théorie de la Constitution*, le juriste prolonge cette analyse dans un but ouvertement contraire à la démocratie libérale. Mais, s'il proclame, d'un côté, le caractère anachronique du parlementarisme, dans la continuité des thèses de 1923, il esquisse, en revanche, l'idée d'après laquelle c'est le processus de démocratisation lui-même qui a conduit à *pervertir* le parlementarisme.

---

[141] Schmitt (1928), 1993, p. 461.
[142] Schmitt (1923), 1988, p. 64.
[143] R. Thoma reprochera à Schmitt, dans une recension de *Parlementarisme et Démocratie*, de s'être appuyé sur une conception « vieillotte » du parlementarisme reposant sur la discussion et le caractère publique des débats. A quoi Schmitt répondra que l'on ne peut appeler parlementarisme toutes les formes de négociation et de communication, en traitant « tout le reste » de dictature ou de domination par la force. C'est donc, conformément à la lecture générale du parlementarisme libéral par Schmitt, le « cœur intellectuel du parlementarisme » que R. Thoma n'aurait pas été capable de saisir, en raison de son rationalisme positiviste. On peut voir la recension de Richard Thoma in *Archiv für Sozialwissenschaft*, 1925, t. 53, p. 212. Pour la réponse de Schmitt, *cf.* « Remarques sur l'opposition entre parlementarisme et démocratie », Introduction à la seconde édition de *Parlementarisme et Démocratie*, Schmitt (1923), 1988, p. 96 et ss.

Sur un premier axe qui prolonge l'analyse de 1923, Schmitt démontre le caractère anachronique du parlementarisme libéral allemand. Car les revendications du parlementarisme bourgeois correspondent, selon Schmitt, au contexte social et politique de la seconde moitié du XIXe siècle. De telle sorte que l'introduction du parlementarisme après la révolution « en Allemagne était en un sens posthume »[144].

Mais, sur un second axe de lecture, Schmitt décrit les effets nocifs de la démocratie et de l'intégration politique du prolétariat sur le parlementarisme libéral. Effectivement, pour Schmitt, la bourgeoisie libérale n'a pu imposer son idéal de l'Etat de droit au cours du XIXe siècle qu'en prenant appui sur l'institution parlementaire, qui lui permettait de lutter contre l'agencement institutionnel propre à l'absolutisme. Pour ce faire, elle s'est donc engagée dans la lutte « pour les droits "de la représentation populaire", c'est-à-dire pour une extension et un élargissement des pouvoirs et compétences du Parlement »[145]. Et Schmitt de poursuivre :

> « En fin de compte, le résultat politique fut la démocratie. (…) Cela répondant à la tendance naturelle d'une lutte politique contre un gouvernement monarchique fort. Dans une telle situation politique, les deux revendications différentes – notion libérale de la loi et participation la plus large possible de la représentation populaire – devaient se combiner. »[146]

On ne saurait mieux souligner la liaison seulement occasionnelle et instrumentale du parlementarisme libéral et de la démocratie. Mais Schmitt introduit surtout l'idée d'une inadéquation de la notion libérale de la loi d'avec la représentation populaire : si la notion matérielle de la loi correspond à l'essence propre du parlementarisme libéral, en revanche, l'essor de la définition formelle de la loi est le fruit de l'évolution démocratique du parlementarisme. Car c'est bien à la lutte « pour les droits "de la représentation populaire" » que le juriste attribue le renversement de la définition libérale de la loi qui, d'une expression de la volonté étatique se caractérisant par sa justesse et sa rationalité, devient le fruit de la participation de la représentation populaire :

---

[144] Schmitt (1928), 1993, p. 483.
[145] Schmitt (1928), 1993, p. 285.
[146] Schmitt (1928), 1993, p. 285.

> « Si politiquement la loi se caractérise surtout par la participation de la représentation populaire, cela explique le passage à l'énoncé inverse, politiquement évident mais logiquement faux : ce qui est produit par la participation de la représentation populaire est une loi. »[147]

Le glissement d'une conception matérielle de la loi vers une conception formelle, bien qu'elle transite par le biais d'une définition matérielle politique de la loi, se produit donc sous l'effet de la démocratisation du parlementarisme[148]. Ce qui permet ensuite au juriste de faire du processus de démocratisation, soit de l'intégration politique de la classe prolétarienne, la cause de la décadence du parlementarisme libéral :

> « La conséquence logique du principe démocratique devint ainsi irrésistible, et, au moins pour la Chambre basse, imposa a cours du XIXe siècle une extension du suffrage universel et la suppression du cens électoral. Le Parlement cessa dès lors d'être le représentant (*Repräsentant*) d'une certaine instruction. Il devint d'une part une combinaison d'intérêts, d'autre part un moyen d'expression de l'opinion publique, et finit ainsi par dépendre fonctionnellement de ses électeurs. »[149]

La liaison de l'extension du suffrage universel et du pluralisme suppose évidemment d'admettre, nous y reviendrons, que l'intégration politique des classes populaires conduit à river les groupes qui scindent la société sur la défense de leurs intérêts *privés*, ce qui ne possède aucune évidence. Mais, en laissant de côté provisoirement cette question, notons seulement que c'est l'avènement de la démocratie qui aura brisé, pour Schmitt, les conditions qui permettaient au parlementarisme bourgeois de réaliser l'unité politique : le caractère public des débats s'estompe, la discussion rationnelle disparaît et, enfin, au sein du Parlement, les représentants (*Repräsentant*) de l'unité politique dans sa totalité cèdent la place à la représentation (*vertreten*) des intérêts privés[150].
Ainsi, la critique schmittienne du parlementarisme libéral évolue entre 1923 et 1928 : car, en 1923, Schmitt s'attaque frontalement au parlementarisme libéral, dont il veut montrer le caractère non démocratique et non représentatif. En 1928, en revanche, si Schmitt poursuit bien sa critique du parlementarisme libéral sur un premier axe, il esquisse inversement, sur un second axe, une forme de mise en garde à l'égard des libéraux conservateurs : car le

---

[147] Schmitt (1928), 1993, p. 286.
[148] C'est pourquoi l'âge d'or du parlementarisme prend fin, pour Schmitt, avec la révolution de 1848, qui marque véritablement l'entrée du prolétariat dans l'arène politique, et donc, un peu plus tard, au Parlement. *Cf.* Schmitt (1928), 1993, p. 455.
[149] Schmitt (1928), 1993, p. 460.
[150] Schmitt (1928), 1993, p. 466.

juriste détermine bien les conditions d'un authentique parlementarisme libéral représentatif de l'unité politique, de même qu'il désigne dans le processus de démocratisation la cause de sa faillite. Et nous allons voir que c'est cette double stratégie que le juriste maintient encore dans son ouvrage très sulfureux de 1932, *Légalité et Légitimité*, qui lui permet cette fois de dénoncer la *neutralité* libérale.

La rédaction de *Légalité et Légitimité* est intimement liée à l'évolution catastrophique de la situation politique[151] suite à l'échec de la dissolution de juin 1932, qui permet au parti nazi de devenir le premier parti allemand aux élections de juillet (230 sièges et 13,8 millions de voix)[152]. Schmitt, alors très proche du général Kurt von Schleicher et conseiller juridique officieux du gouvernement depuis la nomination de Brüning, participe activement à l'élaboration des stratégies du cabinet von Papen, dont l'objectif consiste non plus seulement à « sauver » la Constitution, mais bien à la « réformer ». Nonobstant son aspect très contextualisé, l'ouvrage présente également un objectif théorique plus large, qui s'inscrit dans la continuité de la critique antérieure du parlementarisme.
L'ouvrage de 1932 met explicitement en scène la « débâche de l'Etat législateur parlementaire »[153], que le juriste attribue très généralement à l'évolution toujours plus neutre et plus fonctionnaliste de ce dernier. L'Etat législateur parlementaire est défini en 1932 comme le fruit d'une « époque dominée par une fiction, celle de la légalité ». Il est donc *le système de la légalité* qui vise à remplacer le commandement des hommes par celui de la loi et « trouve son expression adéquate dans le normativisme »[154]. Mais, parce qu'il veut écarter tout rapport de domination fondé sur la reconnaissance d'un droit propre à exercer le pouvoir, Schmitt nie que le rapport de domination fondé sur la légalité soit constitutif d'une forme de légitimité :

> « La légalité de [l'Etat législateur] a pour mission de faire passer pour superflue et de réduire à néant la Légitimité (celle du monarque, comme celle de la volonté populaire exprimée sous forme de plébiscite) de même que toute autorité responsable et toute supériorité. »[155]

[151] On pourrait effectivement dire de *Légalité et Légitimité* ce que P. Pasquino affirme du *Gardien de la Constitution*, « qui pourrait être défini avec une expression de T. Mann : "un abrégé pour aujourd'hui et l'heure actuelle". » : Pasquino, 1994, p. 144.
[152] *Cf.* Beaud, 1997, p. 33 et ss.
[153] Schmitt (1932), 1990, p. 39.
[154] Schmitt (1932), 1990, p. 41.
[155] Schmitt (1932), 1990, p. 45.

Autrement dit, le juriste interprète la foi dans la légalité sous la forme d'une croyance selon laquelle il serait possible de substituer la légalité à « la légitimité [d'une] volonté apparente et inspirée par le droit »[156]. A l'encontre des thèses de Weber pour lequel la légalité constitue un type de légitimité, le juriste définit donc le principe de légalité, qui fonde l'Etat législateur parlementaire, comme *le fruit d'un effort visant à se passer de toute légitimité*[157].

Ce qui ne signifie pourtant pas que l'Etat législateur puisse bien renoncer à toute légitimité : car la réalisation d'un système de légalité repose nécessairement sur une forme de reconnaissance, et donc au minimum sur la croyance d'après laquelle la loi a *le droit* de s'imposer aux volontés individuelles, qui renoncent de ce fait volontairement au droit de résister. Une telle croyance repose, originellement, sur la conviction d'après laquelle la loi conserve un rapport avec la justice[158] – faute de quoi le devoir d'obéissance à la loi perd son sens, de même que l'abandon du droit de résistance à la loi[159]. Une conviction qui s'exprime, au sein de l'Etat législateur parlementaire, dans la *confiance* accordée au législateur[160]. Ainsi, dans l'Etat monarchique constitutionnel du XIX[e] siècle[161] :

---

[156] Schmitt (1932), 1990, p. 43.

[157] « On tendait alors ainsi à placer sur le même pied la légitimité et la légalité, alors que ces deux notions sont essentiellement contraires. Pour cette raison, je considère l'opinion d'Otto Kirchheimer comme fondée lorsqu'il déclare que la légitimité de l'aristocratie parlementaire n'a plus d'autre soutien que sa légalité et que, de nos jours, la légalité s'arrête ou commence la légitimité. » : Schmitt (1932), 1990, p. 46. *Cf.* Simard, 2009, p. 255 ; Kervégan, 1992, p. 63 ; McCormick, 2004, p. XXV.

[158] Selon McCormick, c'est la réduction du concept de légitimité opéré par Weber à une simple forme de « croyance » dans la loi qui permet ensuite à Schmitt de montrer qu'une telle croyance, encore possible au XIX[e] siècle, n'est plus valable après la guerre. Weber aurait donc *déjà* fragilisé ce qui faisait la source propre de la légitimité de la loi, à savoir sa rationalité intrinsèque. Mais toute définition de la légitimité qui se passe de la notion de croyance ou de confiance subjective, et qui se prétend donc objective, nous semble bien contestable, au moins tant que l'on prétend encore décrire une forme de « légitimité démocratique », qui ne peut reposer que sur l'adhésion subjective des individus. *Cf.* McCormick, 2004, p. XXIX.

[159] Ainsi que le souligne encore McCormick, le juriste en appelle assez nettement à un « droit de résistance », en présence d'une complète instrumentalisation du parlementarisme, en sachant parfaitement que les forces sociales les plus à même de « résister » sont les forces bureaucratiques et militaires issues de l'ancienne structure impériale. « An irony of Schmitt's concern here, still relevant today, is that those social forces most aligned with corporate and military power, therefore those with the best means to "resist" are the ones most concerned with the right to resist against liberal or progressive government policies. » : McCormick, 2004, p. XXX.

[160] Schmitt (1932), 1990, pp. 52 et 53. L'Etat législateur ne peut donc être identifié sans autre forme de procès au système parlementaire décrit par le juriste en 1928. Car, en 1928 encore, Schmitt affirme que le législateur doit être limité par la loi bien comprise – la loi au sens libéral. En accordant une place centrale au législateur dans la définition de l'Etat législateur parlementaire, Schmitt vise désormais à montrer l'incompatibilité essentielle de ce dernier avec les principes du libéralisme (conservateur). Nous revenons sur ce point à la fin de ce chapitre.

[161] Un peu plus loin, Schmitt nie que l'Etat législateur de la monarchie constitutionnelle allemande du XIX[e] siècle ne peut être tenue pour un véritable Etat législateur parlementaire, parce qu'il maintient une définition matérielle de la loi et que, d'un point de vue formel, la différence de la loi et de l'ordonnance est clairement maintenue. Ce qui est bien contestable, si l'on tient compte des thèses de Laband, examinées précédemment. *Cf.* Schmitt (1932), 1990, p. 59.

> « Tout abus du pouvoir législatif ou de sa procédure est pratiquement inconcevable (…). Tout le droit de l'Etat législateur, jusque dans ses moindres détails, est fondé sur l'identité présumée et préexistante entre droit et loi, justice et légalité, objet de droit et procédure législative. »[162]

En dépit de l'identification qu'il réalise entre le droit et la loi positive, entre la loi positive et la « règlementation étatique adoptée avec le concours de la représentation populaire »[163], l'Etat législateur parlementaire présuppose donc que la *volonté* toute-puissante du législateur soit juste et vraie.

Or, c'est cette confiance qui s'est progressivement effritée avec l'évolution toujours plus fonctionnaliste de l'Etat législateur parlementaire, qui substitue à la foi accordée au législateur, une attention portée aux procédures d'élaboration des lois[164], puis finit par réduire ces dernières à un simple calcul de majorité sans lien avec la justice. Pourtant, même un calcul de majorité peut encore maintenir un lien avec la justice, selon Schmitt, tant qu'il émane d'un peuple homogène pouvant s'identifier aux décisions majoritaires. De telle sorte que la destruction du système de légalité ne provient pas d'abord, ou pas seulement, de sa neutralité, mais de la diversité des intérêts et des valeurs qui émergent, à n'en pas douter, de l'extension démocratique du parlementarisme. Et il est même possible de voir dans le processus de neutralisation de l'Etat législateur parlementaire le fruit d'une telle évolution démocratique. Ainsi, pour Kelsen, la forme neutre et fonctionnaliste du parlementarisme constitue certainement un moyen permettant d'organiser un compromis acceptables entre des intérêts opposés, à l'encontre de toute monopolisation de « la volonté générale » par quelques-uns[165]. En d'autres termes, pour Kelsen, *si* le parlementarisme veut être démocratique, alors il *doit être* formel et procédural.

Mais Schmitt veut montrer que l'Etat législateur ne peut être rigoureusement neutre à l'égard de ses principes, de ses valeurs et des différents groupes sociaux qui prétendent participer à la formation de la volonté générale sans adopter une position entièrement suicidaire.

---

[162] Schmitt (1932), 1990, p. 52.

[163] Schmitt (1932), 1990, p. 52.

[164] « Toutes les garanties, tous les moyens juridiques de préservation et de défense contre les abus sont abandonnés au législateur tout-puissant ou contenu dans le mode de procédure propre à l'élaboration des lois. Pour ne pas en arriver à l'absurde et à l'arbitraire complet, il faut cette grande confiance primordiale dans l'identité entre le droit et la loi formelle. » : Schmitt (1932), 1990, p. 54.

[165] « En vérité, étant donné l'opposition des intérêts, qui est d'expérience et qui est ici inévitable, la volonté générale, si elle ne doit pas exprimer exclusivement l'intérêt d'un seul et unique groupe, ne peut être que la résultante de ces oppositions, un compromis entre intérêts opposés. » : Kelsen (1931), 2004, p. 27.

Le système parlementaire offre à la majorité qui accède au pouvoir non seulement les moyens liés à la possession légale du pouvoir, mais également une « primauté super-légale »[166], qui repose essentiellement sur le pouvoir de mettre en application les pouvoirs de crise[167]. Or, doté de ces instruments, le parti majoritaire peut toujours, « avec l'appui de la loi, refermer derrière lui la porte de la légalité, par laquelle il s'est introduit, et traiter comme un vulgaire malfaiteur le parti politique adverse qui essaye peut-être, à grand coups de bottes, de pénétrer par la même porte »[168]. C'est pourquoi nul système formaliste ne doit jamais renoncer à distinguer le juste et l'injuste en abandonnant tout moyen de juger la règle édictée par la majorité[169]. Mais, de plus, même l'Etat le plus neutre lui-même suppose toujours un principe *matériel* de justice : celui de la concurrence la plus libre des opinions et des organisations politiques[170], sans lequel le minimum de confiance nécessaire au maintien du système de légalité doit s'effondrer[171]. Or, dès lors que l'ouverture démocratique met un terme à l'homogénéité politique du Parlement, en engendrant un pluralisme politique, chaque parti[172] doit nécessairement appréhender que l'autre ne veuille user des moyens offerts par la possession légale du pouvoir pour limiter à son profit le principe de la libre concurrence :

> « Le principe de libre concurrence est si chancelant que le simple fait de mettre sérieusement en doute la loyauté d'esprit des partis en présence rend son application impossible. On ne peut en effet offrir une chance égale qu'à celui qui promet à son tour d'offrir cette chance aux autres. »[173]

---

[166] Schmitt (1932), 1990, p. 64.
[167] Effectivement, le parti majoritaire dispose du pouvoir de définir les critères de « sécurité et ordre publics », et ses ordonnances ont un caractère immédiatement exécutoire. De plus, la présomption de légalité est accordée à l'ensemble de ses actes. Schmitt (1932), 1990, p. 64.
[168] Schmitt (1932), 1990, p. 62.
[169] « Par contre, quiconque aurait réuni cette majorité ne commettrait plus d'injustices, mais, au contraire, tous ses actes se transformeraient en droit et en légalité. On le voit, une légalité neutre et abstraite mène tout droit à l'absurde. » : Schmitt (1932), 1990, p. 62.
[170] Schmitt (1932), 1990, p. 61.
[171] On peut se demander si le principe de la concurrence la plus libre n'est pas issu d'une intégration habile de la critique de H. Heller à l'égard de sa théorie du parlementarisme. Car Heller avait récusé que la foi dans la discussion publique constitue le cœur intellectuel du parlementarisme, en soulignant qu'un simple fair-play suffit à garantir son fonctionnement : « En réalité, le fondement historico-intellectuel du parlementarisme n'est pas la foi en la discussion publique comme telle, mais la croyance en l'existence d'un fondement commun pour la discussion et, ainsi, en la possibilité d'un fair-play à l'égard de l'adversaire politique intérieur, avec lequel on pense pouvoir trouver un accord sans recourir à la violence pure. » : Heller, 1928, p. 204.
[172] Ainsi que le note S. Mercier-Josa, Schmitt « identifie insensiblement "majorité" à "parti politique dominant" (…) et démontre comment un parti devient, par l'usage monopolistique de la légalité, "l'Etat" lui-même, comment il tend par cette plus-value politique à perpétuer cette identification. » : Mercier-Josa, 1995, p. 98.
[173] Schmitt (1932), 1990, p. 65.

L'émergence d'un pluralisme politique qui accompagne la démocratisation du parlementarisme doit donc non seulement engendrer l'instrumentalisation la plus égoïste du formalisme et de la neutralité de l'Etat législateur par des groupes organisés aux intérêts antagonistes, mais, en outre, elle doit donner naissance à une politique généralisée du soupçon. Et, dans ce cadre, chaque parti est tenté d'user d'une telle « primauté » pour asseoir sa propre position, tandis que le parti adverse est, pour sa part, tenté d'en dénoncer les abus, mettant par suite nécessairement fin au principe de libre concurrence[174].

La neutralité de l'Etat législateur parlementaire, qui a progressivement renoncé « à distinguer entre droit et injustice »[175] pour pouvoir intégrer la pluralité des opinions est donc fatalement autodestructrice :

> « La question qui se pose est la suivante : est-ce qu'un retour à la "situation normale", c'est-à-dire à des majorités parlementaires homogènes, régulièrement formées, est capable de ressusciter le système de la légalité, ou bien ces majorités-là, simples ou qualifiées, ne menacent-elles pas au contraire d'user de leur "prime" et des avantages qui s'y rattachent pour commettre les pires abus et compromettre de manière irréparable le système en question ? »[176]

On ne saurait donc mieux dire, sinon que Schmitt participe allègrement aux « funérailles de l'Etat législateur parlementaire », dont il ne se contente plus de dénoncer l'anachronisme, comme c'était encore le cas en 1928, mais dont il montre l'agonie destructrice de l'unité politique du Reich et porteuse de guerre civile.

Mais le juriste ne se contente pas de tracer les grands traits d'une situation politique désastreuse : il esquisse également une forme de diagnostic ambigu, qui procède d'une analyse interne de la Constitution dont les contradictions supposées sont interprétées à la fois comme le symptôme de la défaite de l'Etat législateur et comme l'instrument possible d'un sauvetage de l'unité politique. Une analyse qui permet également d'éclairer la position ambiguë du juriste à l'égard du libéralisme.

La Constitution de Weimar reconnaît trois législateurs extraordinaires[177], dont le juriste admet, non sans une apparente contradiction, qu'ils mettent « en danger le système de la

[174] Une thèse qui suppose évidemment de récuser que le maintien du principe de libre concurrence ne puisse pas être garanti par des moyens juridiques neutres, comme nous le verrons par la suite.
[175] Schmitt (1932), 1990, p. 61.
[176] Schmitt (1932), 1990, p. 72.
[177] Notons que cette partie a fait l'objet d'une traduction très partielle dans la publication de Williman Gueydan de Roussel, qui omet toute la seconde partie (chapitre 3 et 4) de l'ouvrage. Cette partie est publiée dans la traduction anglaise de Jeffrey Steitzer, Schmitt, *Legality and Legitimacy*, Duke University Press, Durham and London, 2004.

légalité consacré par l'Etat législateur parlementaire »[178], et qu'ils constituent de simples « tentatives et des dispositions qui cherchent à corriger certaines lacunes du système parlementaire, dans l'intention de sauver ce système, mais sans donner naissance à un nouveau genre d'Etat »[179].

Ces législateurs extraordinaires – le pouvoir de révision constitutionnel issu de l'article 76, le pouvoir législateur du peuple issu des articles 73 et 75 et le pouvoir paralégislatif du Président issu de l'article 48 –, sont d'abord analysés comme le signe d'un manque de confiance à l'égard du législateur ordinaire.

En effet, concernant d'abord l'article 76, Schmitt affirme que le principe de majorité qualifiée requis pour toute modification constitutionnelle témoigne d'une défiance à l'égard du législateur. Car, par ce réquisit, l'article distingue entre une forme de « loi supérieure », la loi constitutionnelle, pour laquelle une majorité de deux-tiers des députés est requise, et un type « inférieur » de loi, pour lequel une simple majorité suffit. Mais cette distinction crée une différence substantielle entre les deux formes de lois, manifestant ainsi la volonté de préserver certains principes contre le législateur[180]. Une telle volonté de garantir certains principes, y compris contre le législateur, est certes conforme à l'idéal de l'Etat libéral bourgeois[181]. Reste qu'en cédant à la majorité des deux-tiers le pouvoir de déterminer le contenu de ces lois, l'Etat législateur parlementaire demeure neutre à l'égard de ces principes. C'est pourquoi, si, d'un côté, l'article 76 porte atteinte à la neutralité de l'Etat législateur[182] par la volonté de préserver certaines valeurs contre le législateur, de l'autre, le principe de la majorité qualifiée est encore suffisamment neutre pour permettre de renverser intégralement la Constitution :

---

178 Schmitt (1932), 1990, p. 69.

179 Schmitt (1932), 1990, p. 70.

180 Schmitt, (1932), 2004, p. 54. En outre, la distinction entre une forme supérieure et une forme inférieure de loi doit avoir d'importantes conséquences organisationnelles, puisqu'elle conduit à céder au pouvoir judiciaire et au pouvoir exécutif un droit de contrôle sur la production législative et sur sa conformité avec les normes supérieures : « In regard to the ordinary legislature, perhaps it then subjects itself to the higher legality realized through legal application in the judiciary, the government, or the administration ; that is, the legislature rescinds its statute, passes another, and, in this way, recognizes the higher organs as the new guardians of the constitution. » : Schmitt, (1932), 2004, p. 55. La question du gardien de la Constitution dans le chapitre suivant.

181 Schmitt, (1932), 2004, p. 56.

182 « But this new and "Higher type" of the transitory [two-third majority] contradict the first and "lower" type, because it is not considered a form of value neutrality without substance and, hence, is not conceived of in functional terms. Its point of departure is that there are particular substantive values, single out by the constitution itself, indeed, even sacred institutions and entitlements, such as marriage (Article 119) and exercise of religion (Article 135), which should stand under the protection of the constitution itself, while in its unconditional value neutrality the functionalist form of the momentary in the parliamentary legislative state should also be serviceable for the elimination of just this sacred objects. » Schmitt, *Legality and Legitimacy, op. cit.*, p. 46.

> « More important, this amendment procedure is even neutral toward the currently existing state form. Under these circumstances, justice requires that all parties be given the unconditional equal chance to produce the majorities that are necessary, with the help of the valid procedure for changing the constitution, to achieve their desired goal – soviet republic, national socialist Reich, economic-democracy state of labor unions, corporativist state organized by professions, monarchy of the traditional form, some type of aristocracy – and bring other constitution. »[183]

Ainsi, Schmitt fait de l'article 76 le fruit d'une tendance contradictoire. Car, sur un premier versant, il consiste en une forme de procédure de révision constitutionnelle formelle, conforme à la neutralité de l'Etat législateur ; mais, sur un second versant, il est une « loi substantielle », qui témoigne d'un manque de confiance à l'égard du législateur. Les conséquences d'une telle contradiction consistant à *fournir les outils d'un pur et simple renversement légal de la Constitution*.

Mais l'article 76 n'est pas le seul porteur ambigu du manque de confiance qui s'est développé à l'égard du législateur ordinaire, et auquel on aura tenté de palier par quelques réserves substantielles. Car le second législateur, le législateur populaire *ratione supremitatis*, « par une inévitable conséquence de la pensée démocratique, [est] dans une position supérieure à celle de la démocratie indirecte de l'Etat parlementaire »[184]. En ce sens, il est nécessairement (et intentionnellement) destructeur du système législateur parlementaire[185], en transformant le Parlement lui-même en une « pure phase intermédiaire du système plébiscitaire »[186].

Enfin, et dans le même sens, Schmitt conçoit le pouvoir législatif extraordinaire du Président, issu de l'article 48, comme le témoin de la « destruction du système de légalité de l'Etat législateur parlementaire »[187]. Effectivement, « en vertu de la tolérance du Reichstag et de la sanction de la Cour »[188], il est désormais admis, pour Schmitt, que le chef de l'Etat détient un véritable pouvoir législatif, susceptible de produire des normes non pas seulement *praeter legem* mais également *contra legem*. Une telle évolution, contre laquelle le juriste peut se targuer d'avoir mis en garde[189], cède au Président le pouvoir de

---

183 Schmitt, (1932), 2004, p. 49.
184 Schmitt, (1932), 2004, p. 62. Nous traduisons.
185 Schmitt, (1932), 2004, p. 65.
186 Schmitt, (1932), 2004, p. 61. Nous traduisons.
187 Schmitt, (1932), 2004, 2004, p. 69.
188 Schmitt, (1932), 2004, 2004, p. 67.
189 Si Schmitt souligne bien avoir mis en garde contre la confusion de la loi et du décret, on ne peut certainement pas, selon nous, penser que le juriste continue à le déplorer en 1932, comme l'affirme G. Balakrishnan : « Rétrospectivement, il semblait maintenant clair [à Schmitt] qu'en omettant, lors de

produire des décrets généraux *et* des ordres individuels, le pouvoir de créer des normes *et* celui de les appliquer. C'est pourquoi l'article 48 témoigne, selon lui, de la faillite de la définition libérale la loi et brise le principe de séparation des pouvoirs[190]. En outre, les lois substantielles issues du pouvoir de révision constitutionnel ne résistent pas elles-mêmes au pouvoir législatif du Président, puisqu'il peut porter atteinte à ces lois lorsqu'elles concernent l'organisation du Reich, à l'exception toujours, d'un minimum organisationnel[191]. C'est pourquoi le Président peut être considéré comme un législateur supérieur au législateur ordinaire selon Schmitt[192], et l'existence côte à côte des deux législateurs signifie alors seulement *la fin de l'Etat législateur*[193].

Ainsi, sur un premier volet, le juriste cherche à montrer de manière systématique que la présence des trois législateurs extraordinaires dans la Constitution de Weimar témoigne déjà d'une défiance à l'égard du législateur, non sans annoncer la faillite à plus ou moins long terme de l'Etat législateur parlementaire. Mais, sur un second volet, le juriste prend appui sur l'analyse de ces trois législateurs extraordinaires pour esquisser les grands traits d'un « sauvetage » très radical de l'unité étatique qui consiste, très ouvertement, en une refonte complète du système de Weimar.

Il est clair, tout d'abord, que l'articulation de la compétence législatrice extraordinaire du Président et de la domination d'une forme de légitimité démocratique permet potentiellement de fonder un nouvel ordre juridico-politique susceptible de *remplacer* l'Etat législateur défaillant. Car, pour Schmitt, le système de légalité caractéristique de l'Etat législateur dominé par la définition libérale de la loi a *déjà* largement cédé la place à un système de légitimité plébiscitaire s'exerçant essentiellement au moyen d'une nouvelle forme de « législation » par décret.

D'une part, ainsi que nous l'avons vu précédemment, l'évolution formelle de la loi ne permet plus depuis longtemps déjà de distinguer cette dernière d'un décret et le pouvoir

---

l'élaboration de la Constitution, d'approuver la clause originellement prévue qui plaçait les pouvoirs présidentiels d'urgence sous un strict contrôle parlementaire, on avait créé une vaste zone d'ombre dans la Constitution, une lacune que comblait à présent le précédent de l'autorisation exécutive. » : Balakrishnan, 2000, p. 209.

Pour les mêmes raisons, il ne nous semble pas non plus que le juriste « éprouve un désarroi face au processus de déformalisation du "système de légalité", processus dont la république de Weimar marquerait le seuil critique », comme le soutient A. Simard. *Cf.* Simard, 2009, p. 215.

190 Schmitt, (1932), 2004, pp. 70 et 71.

191 Schmitt, (1932), 2004, p. 75.

192 « If we consider him more closely, it is evident first of all that the third extraordinary lawmaker is superior to the Reichstag, that is, to the ordinary, national legislature in regard to the scope and content of its recognized legislative power. » : Schmitt, (1932), 2004, p. 70.

193 « In terms of constitutional theory, the actual basis of confusion in both public and constitutional law lies in the degeneration of the concept of law. There can be no legislative state without an accepted, distinct concept of law. » : Schmitt, (1932), 2004, p. 79.

législatif du Président issu de l'article 48 ne fait sous cet angle qu'entériner la fin du système de légalité[194]. D'autre part, la pleine domination de la légitimité démocratique se manifeste dans l'appel renouvelé à la dissolution ainsi que dans le caractère désormais plébiscitaire des élections[195]. Mais que l'on ne s'y trompe pas, si le plébiscite procède de la légitimité démocratique, il permet surtout de neutraliser la participation du « peuple » au pouvoir :

> « Le plébiscite ne comporte pas une réglementation ; mais, comme l'exprime d'une manière heureuse le terme de "décision populaire", il s'agit bien d'une décision prise à l'aide d'une volonté. D'autre part, il ressort de sa nature que le plébiscite ne peut avoir lieu qu'à certains intervalles déterminés. En pratique, on ne peut guère dire que oui ou non ; il ne peut ni consulter, ni délibérer, ni discuter ; il ne peut pas gouverner et il ne peut pas administrer ; il ne peut pas non plus confectionner des règles, mais tout au plus sanctionner par un "oui" le projet qu'on lui présente. »[196]

Ainsi, d'un côté, le plébiscite constitue au regard du juriste une forme d'expression directe de la volonté du peuple uni, à l'encontre du morcellement de la représentation parlementaire ; et, de l'autre, il permet d'aspirer complètement l'élément participatif qui définit la démocratie dans l'acte de validation d'une politique globale, dont le Président peut faire usage « à intervalles déterminés » pour garantir l'approbation populaire. Comme le souligne R. Baumert, « pour Schmitt, la question n'est pas de savoir si le Président incarne véritablement le peuple, mais de savoir si le peuple s'identifie, d'une manière ou d'une autre, à son Président. C'est la fonction que remplissent le mythe politique et l'acclamation populaire »[197]. Une analyse qui permet en l'espèce au juriste, dans une

---

[194] C'est d'ailleurs l'avènement de cette « nouvelle conception de la loi et de la législation » à partir des « méthodes législatives extraordinaires » que Schmitt retrace dans un court article datant de 1936, portant sur « L'évolution récente du problème des délégations législatives ». Dans cet article, Schmitt met en scène l'évolution du droit vers une nouvelle forme de « législation "simplifiée" » à partir de la multiplication des lois d'habilitation et des ordonnances d'urgence fondées sur l'article 48, dont la conclusion mérite d'être partiellement citée : « Tous les Etats du monde sont aujourd'hui contraints d'inaugurer des systèmes de législation "simplifiée". Ceux qui restent attachés au principe de séparation des pouvoirs ne verront dans ce phénomène qu'un simple renforcement ou redressement du pouvoir exécutif. D'autres, plus hardis dans leurs conclusions, l'interpréteront comme la suppression de la séparation entre le législatif et l'exécutif, et reste possible même lorsqu'on reste partisan du constitutionnalisme libéral. René Capitant, qui s'est assigné la tâche de sauver le régime parlementaire français (…), considère à juste titre les décrets-lois comme de véritables lois, et pense que le recours à des pleins pouvoirs étendus est le seul moyen de sauver le Parlement et le parlementarisme. » En dépit du changement radical du contexte dans lequel écrit Schmitt, il nous semble néanmoins que le juriste a déjà opté pour cette « nouvelle forme de législation » dès 1932. *Cf.* Schmitt, (1936) 1938, p. 210.

[195] Schmitt (1932), 1990, p. 73.

[196] Schmitt (1932), 1990, p. 73.

[197] Baumert, 2009b, p. 150.

optique nettement césarienne, de faire implicitement du plébiscite l'outil de validation « démocratique » d'une pratique législative durable de décrets-lois[198]. De telle sorte qu'il ne nous semble pas excessif de voir dans *l'articulation plus ou moins implicite de la « nouvelle forme de législation » par ordonnances issues de l'article 48, et de l'appel au plébiscite à intervalles réguliers, l'esquisse d'un Etat administratif à base plébiscitaire*[199].
Mais, ensuite, Schmitt propose également une analyse très détaillée du contenu substantiel dont la Constitution serait porteuse selon lui, et qui fournit le socle d'une possible révision constitutionnelle.

Schmitt engage, dans les quelques lignes de fin de son chapitre de conclusion, une réflexion portant sur une potentielle réforme constitutionnelle. Une telle réforme, dont « on ressent l'urgente nécessité » à une époque d'instrumentalisation complète du système de la légalité, et dont il est beaucoup question à l'époque, suppose, selon Schmitt, de choisir entre deux Constitutions, qui sont renfermées de manière contradictoire dans la Constitution de Weimar. Or, alors que, en 1928 encore, le juriste valorisait la partie organique au détriment de la partie portant sur les droits fondamentaux, il inverse désormais sa hiérarchie, en faisant de la seconde partie de la Constitution la base d'une nouvelle Constitution très substantielle :

> « Et si maintenant on faisait choisir entre les deux constitutions que renferme en réalité celle de Weimar, le résultat de cette consultation serait forcément favorable à la seconde qui essaye de jeter les bases d'un ordre social. »[200]

Une telle réforme ou, pour mieux dire, une telle refonte de la Constitution, qui doit prendre appui sur « les qualités essentielles et les forces vives du peuple allemand »[201], doit être éclairée par l'interprétation que le juriste produit de l'article 76. Car, si l'étude de l'article 76 permet au juriste de mettre en lumière l'effritement de la confiance accordée au législateur, qui constitue le seul fondement de la légitimité de l'Etat législateur parlementaire, elle le conduit surtout, sur un second axe, à défendre le principe d'une

---

[198] On ne saurait assez souligner le caractère quasiment provocateur d'une telle théorie à un moment où le cabinet dont Schmitt soutient activement les orientations est précisément le plus impopulaire de toute la République de Weimar.
[199] Un Etat administratif à base plébiscitaire qui pourrait d'ailleurs tout aussi bien, comme semble l'esquisser le juriste, être porté par l'autorité militaire : « A son tour, un gouvernement qui, au lieu de faire appel à la légalité parlementaire ou à la légitimité plébiscitaire d'un président élu s'appuierait sur l'armée ou sur la bureaucratie, devrait nécessairement recourir à la légitimité plébiscitaire comme sanction, car, à l'heure actuelle, il n'en existe pas d'autre. » : Schmitt (1932), 1990, p. 75.
[200] Schmitt (1932), 1990, p. 79.
[201] Schmitt (1932), 1990, p. 78.

limitation matérielle du pouvoir de révision constitutionnel – *ratione materiae* –, fondé sur le respect des droits fondamentaux contenus dans la seconde partie de la Constitution[202].

L'article 76 manifeste, selon Schmitt, une volonté de préserver certaines valeurs essentielles à l'encontre de toute atteinte du législateur :

> « Its point of departure [of the requirement of a higher majority] is that there are particular substantive values, single out by the constitution itself, indeed even sacred institutions and entitlements, such as marriage (Article 119) and exercise of religion (Article 135), which should stand under protection of the constitution itself, while in its unconditional neutrality the functionalism form of the momentary in the parliamentary legislative state should also be serviceable for the elimination of just these sacred objects. »[203]

Une thèse qui vise d'abord explicitement, dans le prolongement de positions déjà anciennes, à écarter l'interprétation positiviste de l'article 76 qui, par son formalisme, pourrait permettre à des majorités qualifiées « démembrées en une pluralité de complexes de pouvoirs hétérogènes organisés » d'adopter des lois constitutionnelles portant atteinte aux éléments substantiels de la Constitution. Le juriste produit une interprétation ultraconservatrice de ces « droits fondamentaux », qui se résument essentiellement au mariage et à l'exercice de la religion[204], de telle sorte que, en dépit de sa référence explicite à Hauriou, Schmitt va bien au-delà des thèses conservatrices libérales du juriste français. Reste que la radicalité de ces thèses ne peut masquer la stratégie de main tendue aux conservateurs libéraux pour lesquels, à l'instar de Frederich Naumann, il faut valoriser la défense des droits fondamentaux à l'encontre des pouvoirs illimités du Parlement[205].

Mais Schmitt ne s'en tient pas là : il tire aussi les conséquences de sa longue analyse du processus de neutralisation de l'Etat législateur en écartant l'interprétation dominante de l'article 76 d'après laquelle aucune organisation ne peut être déclarée illégale en raison de

---

[202] Ce qui ne constitue pas seulement une limitation de l'Etat législateur, selon Schmitt, mais bien sa destruction :

« Nonetheless [the substantive legal guarantees of the Second part] constitute a structural contradiction with the value neutrality of the First Principal Part organizing the parliamentary legislative state. And they not only limit the parliamentary legislative state; they also destroy it, first because each such guarantee and entrenchment means above all security from the simple, ordinary, and normal lawgiver, more specially, the parliamentary majority ». Schmitt, (1932), 2004, p. 45.

[203] Schmitt, (1932), 2004, p. 46. *Cf.* Beaud, 1997, p. 79 et Mercier-Josa, 1995, p. 102.

[204] Au vu du caractère hautement conservateur de l'interprétation schmittienne des « droits fondamentaux », on ne peut guère défendre la thèse d'après laquelle Schmitt n'aurait pas soutenu les projets de révision constitutionnelle défendus par le gouvernement von Papen en raison de leur caractère beaucoup trop réactionnaire. *Cf.* Balakrishnan, 2000, p. 210. Sur l'interprétation ultraconservatrice des « droits fondamentaux » chez Schmitt, *cf.* Beaud, 1997, p. 89 et ss, et Baumert, 2009, p. 507.

[205] *Cf.* Beaud, 1997, p. 87.

ses buts. Pour Schmitt, au contraire, la préservation de la Constitution fonde un droit d'*évaluer* les objectifs poursuivis par les différents partis, ainsi que le pouvoir de *mettre hors de la légalité* les partis « non constitutionnels »[206]. Une thèse qui possède une portée contextuelle évidente, à un moment où les votes en faveur du parti national-socialiste ne cessent d'augmenter, et où von Papen croit pouvoir « traiter les nazis en partenaires »[207]. Mais sur un plan plus théorique, Schmitt engage les libéraux à prendre la mesure de leur neutralité, avant qu'elle ne se tourne en une conduite suicidaire :

> « In this regard, the bourgeois-legal system itself, with its concepts of law and freedom, is at least still sacred, and liberal value neutrality is viewed as a value, while fascism and bolshevism are openly termed the political enemy. With Anschütz, however, the value neutrality of a still only functional system of legality is taken to the extreme of absolute neutrality toward itself and offers the legal means for the elimination of legality *per se.* »[208]

Le juriste émet une claire mise en garde à l'égard de la neutralité de l'Etat législateur, non sans inviter les libéraux conservateurs à prendre conscience de l'impasse dans laquelle le système parlementaire s'est rivé et de la menace qu'il représente pour l'unité politique ainsi que pour la sauvegarde de la substance de la Constitution.

Sur ce fondement, Schmitt esquisse certainement le socle substantiel – ou pour mieux dire institutionnel – d'une nouvelle Constitution positive. Cette « contre-constitution » se structure à la fois autour des « droits fondamentaux », qui constituent la « base de l'ordre social » et, comme le souligne Olivier Beaud[209], de la conception très particulière de l'homogénéité défendue par Schmitt, qui fonde le sens même du plébiscite dans la théorie

---

[206] Schmitt, (1932), 2004, p. 49. Sur ce point, Schmitt est en désaccord avec la levée de l'interdiction des milices SS et SA le 14 juin 1932 par le gouvernement Papen.

[207] Ainsi, peu avant les élections de juillet, Schmitt met en garde contre un vote en faveur du parti nazi (non sans admettre qu'un tel vote ait pu être légitime auparavant !) : « Quiconque permettra d'obtenir la majorité le 31 juillet, même s'il n'est pas national-socialiste, et ne voit dans ce parti qu'un moindre mal, agit en dépit du bon sens. A ce mouvement idéologique et politiquement immature, il donne la possibilité de changer la Constitution, d'établir une Eglise d'Etat, de dissoudre les syndicats, etc. Il livre l'Allemagne à ce groupe. S'il était auparavant légitime, vu les circonstances, de promouvoir le mouvement de résistance de Hitler, il serait donc extrêmement dangereux de le faire le 31 juillet, car un score de 51% donnerait au NSDAP une "prime politique" aux conséquences imprévisibles. » : Schmitt, « Der Mißbrauch der Legalität », *Tägliche Rundschau*, 19 juillet 1932. Cité in Balakrishnan, 2000, pp. 208 et 209.

[208] Schmitt, (1932), 2004, p. 48.

[209] « Ce projet de Constitution repose sur une double base : d'abord une conception très particulière de l'homogénéité nationale et, ensuite, une interprétation très particulière de la notion de droits fondamentaux, base de cette fameuse "partie substantielle" de la Constitution. » : Beaud, 1997, p. 86.

schmittienne. Et il est certain qu'une telle conception de la Constitution ne peut être comprise comme une forme de « sauvetage » de la Constitution de Weimar[210].

Reste que la question de la révision constitutionnelle demeure très mineure dans l'ouvrage, qui se structure autour de l'évolution déjà en cour de l'Etat législateur vers un Etat administratif reposant sur une légitimité plébiscitaire, et la procédure même par laquelle une telle révision pourrait être produite n'est pas explicitement traité. Sur cette question, Schmitt s'oppose seulement ouvertement à une forme de révision constitutionnelle issue de « l'activité législative des partis » qui doit aboutir à faire de la Constitution le fruit d'une tractation politique. Car, pour Schmitt, céder aux compromis politiques la réalisation d'une nouvelle Constitution conduirait à mener à terme à l'instrumentalisation la plus aboutie de la légalité par les partis politiques antagonistes – ce qui ne saurait ni maintenir l'unité politique, ni résoudre le chaos politique dont l'actuelle Constitution n'est pas venue à bout. Mais si Schmitt écarte la révision constitutionnelle fondée sur l'article 76, il ne dit rien d'une autre forme de révision. Et, de fait, l'introduction d'une possible révision constitutionnelle n'est pas sans tensions avec l'ensemble du propos de Schmitt dans l'ouvrage de 1932 : car en mettant en scène l'inévitable faillite de l'Etat législateur et son inévitable évolution vers un Etat administratif à base plébiscitaire, Schmitt semble bien plutôt penser qu'une révision constitutionnelle au sens d'une modification du texte constitutionnel est non seulement peu nécessaire, mais même potentiellement risquée, en ce qu'elle exigerait un recours dangereux à la validation plébiscitaire[211]. L'introduction de la question de la révision constitutionnelle répondrait donc bien davantage à la situation du

---

[210] Beaud, 1997, pp. 95 et 96 ; Baumert, 2009a, p. 505 et ss.

[211] Ce qui nous conduirait à penser, à l'instar de J. McCormick, que « Schmitt n'avait peut-être pas [lorsqu'il rédige *Légalité et Légitimité*] de plan de révision constitutionnelle concret, parce que le pouvoir discrétionnaire présidentiel, guidé par un cabinet oligarchique, est lui-même le support d'une réforme constitutionnelle substantielle. » : McCormick, 2004, p. XXIII. (Nous traduisons). On sait que Schmitt participera activement à la préparation du plan d'un coup d'Etat par l'exécutif en août 1932, suite à l'échec des élections de juillet : au moyen de la combinaison de l'article 25 sur la dissolution et de l'article 48, l'exécutif aurait pu instaurer une dictature présidentielle sans contrôle de l'Assemblée, dans l'objectif supposé d'écarter définitivement les partis extrémistes (NSDAP et KPD) et de rétablir l'unité nationale. Et sans doute peut-on en déduire que le juriste aura toujours été plus ou moins prêt à franchir la limite de la légalité – si tant est que son interprétation de la Constitution ne l'ai pas déjà largement franchie. Mais il nous semble bien plus probable que le juriste en appelle justement à *ne pas* réviser le texte constitutionnel, ce qui aurait nécessité une validation plébiscitaire dont Schmitt n'est pas sans se méfier : « Ce serait une très grave erreur de s'imaginer que l'instrument de la légitimité plébiscitaire comporte moins de risques que telle ou telle autre méthode et qu'un bras faible et une volonté indécise trouveraient sans peine, par ce moyen maintien et assistance. » : Schmitt (1932), 1990, p. 75.
Selon nous, Schmitt au moins jusqu'à *Légalité et Légitimité*, pense qu'il suffit de *plier* la Constitution à son interprétation. Sur la préparation du coup d'Etat, *cf.* Beaud, 1997, p. 115 et ss.

moment[212], ainsi qu'à une volonté d'écarter le principe d'une révision basée sur l'article 76.

A l'issue de l'étude de *Légalité et Légitimité*, il est généralement attendu que l'on se prononce sur l'intention de Schmitt à l'égard du régime de Weimar[213]. Le juriste lui-même y invite en quelque sorte, lorsqu'il interprète, après la Seconde Guerre mondiale :

> « Cet écrit était une tentative désespérée de sauver le système présidentiel, la dernière chance de la Constitution de Weimar, face à une science du droit (*Jurisprudenz*) qui refusait de poser le problème de la Constitution en termes d'amis ou d'ennemis. »[214]

L'opposition des commentateurs autour de l'attitude de Schmitt à l'égard du régime de Weimar est bien connue[215]. C'est cette interrogation qui constitue même le critère retenu par David Dyzenhaus pour dégager les trois grandes interprétations adoptées par les auteurs. Mais David Dyzenhaus retraduit cette question en se demandant si l'objectif du juriste visait à préserver ou à renverser *l'Etat constitutionnel libéral*.

Selon David Dyzenhaus, il existe trois interprétations dominantes des thèses schmittiennes. Selon une première interprétation, largement favorisée par Schmitt lui-même après la guerre, le juriste aurait voulu sauver l'Etat constitutionnel libéral. Pour ce faire, il aurait appelé les libéraux à renoncer à leur neutralité positiviste pour pouvoir défendre l'Etat contre les forces hostiles de l'extrême gauche et de l'extrême droite. Une seconde interprétation soutient au contraire la relative neutralité du juriste : Schmitt aurait seulement montré que les contradictions internes de la Constitution de Weimar sont la conséquence du caractère contradictoire du libéralisme et du positivisme. Une analyse qui ne serait qu'un constat froid et réaliste de la situation de l'Etat weimarien, bien qu'une prise de conscience de ces contradictions aurait sans doute permis d'envisager les moyens de sa préservation. Enfin, la troisième interprétation, retenue par David Dyzenhaus lui-

[212] *Cf.* Beaud, 1997, p. 101 et ss.

[213] « Schmitt argues that even the most formally neutral constitution cannot espouse neutrality toward its own destruction. Is this commonsense advise or an anticonstitutionnal subterfuge? » : McCormick, 2004, p. XIX.

[214] *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, p. 345. Cité dans Beaud, 1997, p. 75.

[215] Les positions de J. Freund ou de G. Schwab en faveur de la défense du juriste sont désormais bien connues. De même, Balakrishnan incline également vers l'idée d'après laquelle le juriste cherche encore à protéger « la Constitution existante dans des circonstances imprévues. » : Balakrishnan, 2000, p. 209). Face à eux, bien des auteurs ont au contraire montré le caractère très engagé des thèses de Schmitt contre le régime, parmi lesquels les travaux d'O. Beaud, de R. Baumert, et d'A. Simard, auxquels nous devons beaucoup, s'imposent par la fermeté de leur affirmation d'après laquelle Schmitt a méthodiquement participé à la déconstruction du système de légalité sur lequel l'Etat weirmarien prenait appui.

même, fait du libéralisme la principale cible de Schmitt, qui aurait, par suite, « pavé le chemin » menant à l'ascension du nazisme[216].

Une telle typologie possède une double caractéristique. D'une part, elle adopte un point de vue téléologique, qui consiste à partir du renversement du régime de Weimar pour chercher ensuite à déterminer non pas *le rôle* joué par Schmitt dans l'évolution du régime, mais *l'intention* du juriste à l'égard de l'Etat constitutionnel. D'autre part, elle structure les positions autour du rapport de Schmitt avec le libéralisme. Or, par cette double caractéristique, David Dyzenhaus restreint considérablement par avance le champ des interprétations possibles de l'objectif du juriste. Tout d'abord, il ressort, à l'issue de notre lecture portant sur l'interprétation de la Constitution, en particulier sur les articles 48 et 76, que le juriste participe *activement* à la transformation du régime vers un système autoritaire à base plébiscitaire. Et la permanence de la critique du système de Weimar par le juriste ne laisse guère de doute quant à l'adhésion très mitigée de Schmitt à la Constitution de Weimar. Néanmoins, si Schmitt entend peser à la fois sur l'interprétation de la Constitution ainsi que sur la possible réforme du régime dans un sens autoritaire, il nous semble que l'on ne peut partir d'une interrogation téléologique sans risquer de perdre de vue l'objectif immédiat du juriste. Or, sur ce point, David Dyzenhaus part ensuite d'un présupposé : celui d'après lequel le libéralisme constitue le cœur de cible de la réflexion du juriste. Or, une telle affirmation fait question selon nous.

Schmitt adopte une stratégie double à l'égard du libéralisme : d'un côté, le juriste produit une virulente critique du libéralisme, dont il dénonce l'impuissance à maintenir l'unité politique, ainsi qu'à se préserver lui-même d'une pure et simple destruction sous l'action concertée des forces antilibérales. Et, sous cet angle, le juriste oppose nettement au système parlementaire libéral une forme d'Etat administratif à base plébiscitaire.

Mais, d'un autre côté, au moins à partir de la *Théorie de la Constitution,* Schmitt tend continûment la main aux juristes conservateurs libéraux. Une telle stratégie évolue certainement au rythme de la radicalisation des thèses de Schmitt ; mais elle ne signifie pas pourtant l'abandon de cette stratégie à l'égard du libéralisme.

Ainsi, dans la *Théorie de la Constitution*, le juriste met en garde contre l'évolution démocratique du parlementarisme dont il montre les contradictions avec l'essence libérale du parlementarisme lui-même, tandis que dans *Légalité et Légitimité,* ce sont les contradictions intrinsèques du parlementarisme qui mènent à un formalisme contraire aux

[216] Dyzenhaus, 1997, pp. 39 et 40.

principes fondamentaux du libéralisme. La notion d'Etat législateur parlementaire (1932) ne peut donc être identifiée à celle de parlementarisme (1923) ou à celle du système parlementaire (1928). Car le système parlementaire est, en 1928 encore, la réalisation institutionnelle de l'idéal de l'Etat de droit libéral[217], tandis que l'Etat législateur parlementaire désigne en quelque sorte la forme « dégénérée » du parlementarisme bourgeois du XIX[e] siècle, qui tend, en vertu de ses principes inhérents, à se passer de toute légitimité. Autrement dit, alors qu'en 1928 le juriste met en garde contre l'intégration démocratique aveugle du prolétariat dans le système parlementaire, en 1932, c'est désormais le parlementarisme lui-même qui devient une forme étatique contraire aux principes du libéralisme. Ce qui signifie que, même dans sa version antiparlementaire la plus radicale, la théorie schmittienne ne ferme jamais la porte à une forme conservatrice du libéralisme, qu'il pousse d'abord vers une conception matérielle de l'Etat de droit avant de l'inviter à prendre conscience de la faillite du parlementarisme.

La « critique du libéralisme » peut donc toujours se renverser, non sans une évidente ambiguïté stratégique, en une forme de « mise en garde » adressée au libéralisme à l'égard des « dangers » qui le menacent, et cette ambiguïté stratégique trouve sa traduction dans la troublante scission des études schmittienne concernant la « principale cible du juriste ». Une telle stratégie ne peut être mise sur le simple compte d'une stratégie d'écriture, dans le cadre d'un environnement de juristes pour une grande part conservateurs libéraux. Schmitt tend bien plutôt à distinguer le libéralisme procédural et neutre de Kelsen du libéralisme conservateur, fondé sur la défense de valeurs substantielles intangibles. C'est pourquoi aussi c'est moins le libéralisme lui-même qui fait l'objet des foudres du juriste, que la

[217] C'est pourquoi, en dépit de la grande rigueur des analyses de J.F. Kervégan, il ne nous semble pas possible d'identifier le concept d'Etat législateur parlementaire, développé dans *Légalité et Légitimité*, et celui d'Etat parlementaire ou de parlementarisme, développé en 1928, et qui, lui, est la réalisation adéquate de l'Etat de droit bourgeois. Une telle identification procède, nous semble-t-il, du fait que J.F. Kervégan fait essentiellement de la définition normativiste de la norme la forme aboutie du concept de loi propre au libéralisme, ce qui le conduit à faire du seul processus de rationalisation ou de formalisation la source de l'évolution formelle de la loi (Kervégan, 1992, pp. 55 à 60). Or, dans la *Théorie de la Constitution*, Schmitt attribue explicitement une telle évolution à l'alliance contre nature du parlementarisme libéral et de la démocratie, une analyse que le juriste abandonne partiellement dans *Légalité et Légitimité*, au profit cette fois d'une dénonciation du processus de neutralisation et de technicisation de l'Etat législateur parlementaire sous l'effet d'une formalisation de la loi. Mais l'idée d'après laquelle c'est l'évolution de plus en plus formelle du droit sous l'effet d'un processus de neutralisation ne peut être isolée de son objectif stratégique, qui consiste à attribuer à l'essence propre du parlementarisme le principe de sa dégradation – autrement dit, à esquisser l'idée d'après laquelle il n'est pas possible de « sauver » le parlementarisme de ses propres démons. De telle sorte que Schmitt serait passé d'une stratégie visant à enjoindre les libéraux conservateurs à prendre conscience de leurs principes fondamentaux s'ils veulent sauver le parlementarisme, à la mise en opposition de l'Etat de droit libéral et du parlementarisme. Ajoutons d'ailleurs que dans *Légalité et Légitimité*, Schmitt ne renonce pas à souligner les conséquences de la montée des revendications démocratiques sur la « corruption » du parlementarisme. *Cf.* McCormick, 2004, p. XXXVII et J.F. Kervégan, 1992, pp. 62 et 63.

théorie neutre et procédurale du parlementarisme *parce qu'elle fait le lit du pluralisme*. En d'autres termes, la possible *instrumentalisation de l'Etat par les forces sociales pluralistes constitue selon nous la cible de Schmitt derrière le libéralisme*[218].

Une hypothèse que confirme la réflexion menée par le juriste sur la question du Gardien de la Constitution, pour laquelle le juriste va d'un côté mettre en garde les libéraux à l'égard des « effets pervers » de la justice constitutionnelle face au pluralisme, tout en offrant de, l'autre côté, un « substitut » ultra-autoritaire au gardien juridique.

B. Le gardien de la Constitution contre la justice constitutionnelle

L'argumentation développée par Schmitt sur le gardien de la Constitution est désormais bien connue[219]. Elle prend très généralement appui sur sa théorie de la Constitution et oppose au contrôle *juridique* de la Constitution, qui repose sur un contrôle de légalité des normes juridiques, un contrôle *politique*, qui vise à préserver le contenu substantiel de la Constitution positive[220]. Reste qu'une telle alternative n'en est précisément pas une, au moins à première vue, car, comme le souligne Olivier Beaud, « les deux protagonistes ne parlaient pas, en fin de compte, de la même chose. Ils se disputaient sur le "gardien de la Constitution" et la "justice constitutionnelle", mais ils n'avaient pas du tout la même perception de ce qu'est une Constitution, ou encore de ce qu'est ou représente l'idée même d'une garantie de la Constitution »[221]. Pour Schmitt, il s'agit de défendre la Constitution au sens *positif* du terme, lorsque des ennemis politiques lui portent atteinte ou cherchent à la

---

[218] Nous adhérons donc en grande partie à l'interprétation de R. Baumert d'après lequel il s'agit pour Schmitt « de montrer aux *Vernunftrepublikaner* et à l'aile conservatrice du libéralisme national (DVP) que le régime de Weimar aurait d'ores et déjà trahi leur idéal. Cela ne signifie nullement que Carl Schmitt ait eu des sympathies libérales. Nous suggérons plutôt que, nourrissant une critique du système pluraliste, il a cherché à élargir son auditoire en y incluant la frange conservatrice de la mouvance libérale. (…) Ce n'est donc pas par hasard que Schmitt retient une définition *notabilière* de la représentation parlementaire : en même temps qu'une critique des partis de masse, ce choix manifeste le rejet des théories pluralistes de Laski ou encore de Kelsen ». Néanmoins, nous serions tentés de nuancer la thèse d'une simple attitude d'ouverture stratégique à l'égard des conservateurs libéraux : il nous semble bien plutôt que la critique toujours ambiguë du juriste à l'égard du libéralisme témoigne du fait que ce dernier ne constitue pas le principal ennemi théorique de Schmitt. Baumert, 2009b, p. 132.

[219] *Cf.* Herrera, 1994, pp. 195 à 227 et Herrera, 1997, pp. 190 à 215 ; Baumert, 2009a, p. 349 et ss ; Caldwell, 1997, p. 107 et ss ; Le Divellec, 2007, pp. 33 à 79 ; Paulson, 1995, pp. 243 à 259 ; Pasquale, 1994, pp. 143-152 ; Zanon, 1989, pp. 177-189 ; Baume 2006, pp. 7-60.

[220] Schmitt, 1931, p. 53.

[221] Beaud, 2007b, p. 197. *Cf.* également Zanon, 1991, p. 178 et Pasquino, 1994, p. 144.

renverser. De telle sorte que le gardien de la Constitution reçoit une fonction éminemment politique propre aux situations de crise. En revanche, la théorie de la justice constitutionnelle de Kelsen repose sur sa théorie de la hiérarchie des normes, où la Constitution est seulement la norme de degré supérieur. Le contrôle de constitutionnalité des lois prolonge donc le contrôle de la légalité des actes administratifs et fait partie de la vie normale de l'Etat[222]. De telle sorte qu'un « dialogue de sourd » [223] semble bien avoir eu lieu entre Kelsen et Schmitt. Et le fait même de savoir pourquoi ce dernier développe sa notion de « gardien de la Constitution » en s'inscrivant dans un champ théorique déjà largement déterminé et dont il déplace intégralement les enjeux devient pour le moins problématique. En prenant cette interrogation pour point de départ, nous verrons que le juriste vise sur un premier axe à mettre les libéraux en garde contre toute tentation de faire de la justice constitutionnelle un moyen de se garder des « excès » du législateur ; nous verrons ensuite que c'est le pluralisme qui constitue le principal enjeu de la réflexion menée par le juriste sur le gardien de la Constitution.

La question du gardien de la Constitution doit être d'abord inscrite dans le cadre d'une importante réflexion[224] menée sous la République de Weimar sur le contrôle de constitutionnalité des lois[225]. En Allemagne, cette réflexion a fait l'objet d'un premier développement sous l'Empire par les juristes libéraux. Sous la République, en revanche, elle est essentiellement reprise par les juristes conservateurs dans le but de limiter les pouvoirs du Parlement en s'autorisant de l'idée d'Etat de droit[226] et d'une conception morale de la justice constitutionnelle[227]. Dans cette optique, les juristes entendent généralement confier le contrôle de constitutionnalité des lois aux tribunaux ordinaires qui pourraient, à l'occasion d'un procès, récuser l'application d'une loi sans pourtant disposer du pouvoir d'annuler la loi en question. En vertu du caractère pour le moins conservateur des magistrats sous Weimar[228], un tel contrôle aurait assuré une forme de contre-pouvoir à l'égard du Parlement – non sans instaurer une relative insécurité juridique liée à l'absence

[222] Comme le souligne O. Beaud en reprenant les arguments de M. Jestaedt et C. Schöenberger, il existe une forme de « banalisation de la Constitution » chez Kelsen, comme il existe inversement une forme de « dramatisation de la Constitution » chez Schmitt. Beaud, 2007b, p. 198.
[223] Beaud, 2007, p. 1997 et ss. Dans une optique similaire, C.M. Herrera s'interroge sur l'existence d'un « dialogue impossible », ou d'un « dialogue entre absents ». Herrerra, 1994, p. 220 et ss.
[224] Baumert, 2010, p. 2.
[225] Sur cette question, il faut lire le remarquable travail de R. Baumert, in Baumert, 2009a.
[226] Baumert, 2009a, p. 174 et Baumert, 2010, p. 4.
[227] *Cf.* Baumert, 2010.
[228] *Cf.* Baumert, 2010, p. 5 et Zanon, 1991, p. 182.

de centralisation d'une telle justice[229]. À l'encontre de cette position qui porte atteinte au pouvoir du Parlement, bien des juristes républicains refusent tout contrôle de constitutionnalité. Néanmoins, certains auteurs, le plus généralement républicains et démocrates, défendent inversement l'instauration d'une justice constitutionnelle centralisée sur le modèle de la Cour constitutionnelle autrichienne.

Cette thèse trouve principalement son modèle théorique chez Kelsen, considéré comme le père de la cour constitutionnelle autrichienne, et pour lequel la création d'une instance juridictionnelle unique détenant le monopole du contrôle de constitutionnalité des lois est susceptible d'offrir une protection à la minorité parlementaire et aux minorités sociales. Le juriste autrichien conçoit la justice constitutionnelle comme une « mesure technique » destinée à garantir « la régularité des règles immédiatement subordonnées à la Constitution »[230] au moyen d'un contrôle formel et matériel des lois, et en prévoyant le cas échéant l'annulation des lois irrégulières. Le principe d'une Cour unique qui centralise la justice constitutionnelle permet alors non seulement de garantir une certaine sécurité juridique, mais en outre d'écarter les magistrats de carrière le plus souvent très conservateurs, en confiant la composition de la Cour à la désignation du Parlement[231]. Sur ce modèle, certains juristes allemands républicains caressent l'idée de réserver le contrôle de constitutionnalité des lois à la Cour de Justice d'État [*Staatsgerichtshof*] qui, parce qu'elle est chargée de résoudre les litiges opposant le Reich aux Lander, possède déjà la compétence d'interpréter la constitution fédérale[232].

Cette question ne fait guère l'objet de l'attention de Schmitt avant la publication de deux articles parus en 1929, ainsi que de son ouvrage très polémique de 1931[233], publiés dans un contexte politique et économique très difficile[234]. L'intervention de Schmitt au sujet du gardien de la Constitution constitue à proprement parler un véritable détournement de la

[229] Notons que, à la différence de la Constitution autrichienne (articles 137 à 148), la Constitution allemande ne reconnaît pas l'existence d'une institution spéciale centralisant le contrôle de constitutionnalité des lois.
[230] Baumert, 2009a, p. 379.
[231] Herrera, 1997, p. 198.
[232] Dans un jugement rendu en 1927, le *Staatsgerichtshof*, s'était déclaré lui-même « gardien de la Constitution du Reich ».
[233] Schmitt publie deux articles en 1929, « Das Reichsgericht als Hüter des Verfassung », in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultät zum 50järigen Bestehen des Reichsgerichts* (1. *Oktober* 1920), Berlin-Leipzig, de Gruyter, 1929, tome I, pp. 154 à 178, qui fait l'objet d'une nouvelle publication dans *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, Dunker & Humblot, 1958 ; et « Der Hüter der Verfassung », in *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 16, N.F., 1929, pp. 161 à 237. L'ouvrage *Der Hüter der Verfassung* (1931) sur lequel nous nous sommes appuyés, est une version remaniée du précédent article, qui contient notamment l'ajout d'un chapitre intermédiaire important sur « la situation constitutionnelle concrète actuelle ».
[234] Le contexte est marqué par la chute du dernier gouvernement de la « grande coalition » le 27 mars 1930 et, peu après, par la dissolution de l'Assemblée de Brüning. Nous renvoyons au bref chapitre que nous avons consacré à la situation allemande de l'entre-deux guerres dans notre première partie.

question juridique. Car le juriste ne se contente pas de rejeter le contrôle constitutionnel : beaucoup plus essentiellement, il remplace la question du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois par une *autre* question, qui reçoit le nom de « gardien de la constitution »[235]. C'est donc dans un premier temps la nécessité pour Schmitt de se saisir d'une question qui n'est pas proprement sienne et dont il détourne le sens qu'il faut interroger ainsi que nous l'avions annoncé. Or, sur ce point, il est certain que c'est d'abord l'importance que tend à prendre la justice constitutionnelle dans le champ juridico-politique de l'époque et ce qu'elle traduit à ses yeux qui motivent l'attention du juriste.

Bien loin de concevoir le contrôle constitutionnel comme un instrument technique ordinaire de la vie juridique, le juriste voit dans la demande d'un gardien de la Constitution « l'indice de situations critiques pour la Constitution »[236]. Et parce que la justice constitutionnelle vise avant tout à effectuer un contrôle de constitutionnalité *des lois*, le juriste en déduit que « l'on sent la nécessité de se protéger du législateur, c'est-à-dire, contre le Parlement »[237]. L'intérêt du juriste pour la question du contrôle de constitutionnalité provient donc, en tout premier lieu, de ce qu'elle traduit à ses yeux une situation de crise, celle du parlementarisme ou de l'Etat législateur, à laquelle on tend à remédier par des moyens juridiques. Schmitt est parfaitement conscient que l'exigence d'une justice constitutionnelle est l'une des stratégies développées de manière cohérente depuis l'après-guerre par les conservateurs libéraux pour lutter contre la « toute-puissance » du Parlement. Il fait d'ailleurs, dans la *Théorie de la Constitution*, de la juridictionnalité générale de l'ensemble de la vie de l'Etat l'idéal complet de l'Etat de droit bourgeois, dont l'Etat juridictionnel constitue à ses yeux l'aboutissement. En se saisissant d'une telle question, le juriste entend donc, sur un premier volet, *contrecarrer l'évolution d'une opinion juridique toujours plus favorable à l'idée d'un Etat juridictionnel, en mettant en garde les libéraux conservateurs contre leur stratégie, qui consiste à opposer la justice au pouvoir du Parlement*.

Pour montrer l'inadéquation de la justice comme gardien de la Constitution, le juriste commence par souligner la nécessité d'avoir une claire conscience de la situation et de la

---

[235] A. Le Divellec souligne la pluralité des acceptions que la notion de « gardien de la Constitution » a reçue avant d'être employée sous Weimar dans le cadre du conflit qui oppose Schmitt à Kelsen. Il note également que Schmitt est le premier à prendre cette formule pour le titre d'un article puis d'un livre, incité sans doute par l'arrêt du 15 octobre 1927, au sein duquel la Cour de justice d'Etat du Reich se qualifie elle-même de « Gardien de la Constitution du Reich ». Affaire « Eglise évangélique-luthérienne de Saxe contre Land de Saxe », *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, tome 118, Annexe p. 4. *Cf.* Le Divellec, 2007, pp. 36 et 37.

[236] Schmitt (1931), 2009, p. 5.

[237] Schmitt (1931), 2009, p. 11.

nature propre de l'Etat allemand pour déterminer quel doit être le gardien de la Constitution[238]. L'examen de la situation concrète de l'Etat allemand lui permet de valider le diagnostic des conservateurs libéraux qui voient dans le Parlement et l'Etat de partis la source de tous les maux. Car, si, au XIXe siècle encore, le danger provenait du gouvernement, c'est désormais contre le législateur et les variations de la majorité qu'il faut se prémunir[239]. Mais, si le diagnostic est bon, en revanche, le remède est inadéquat à la forme de l'Etat lui-même. Car, l'Etat allemand n'est pas un Etat juridictionnel, mais un Etat législateur. Or, si, dans un Etat juridictionnel dont l'Etat américain constitue le modèle, il est conforme à la nature de l'Etat « d'ériger un tribunal en protecteur et défenseur de l'ordre social et économique existant »[240], en revanche, Schmitt écarte que l'on ne puisse admettre un contrôle juridique de constitutionnalité des lois sans porter atteinte aux principes structurants de l'Etat législateur.

Dans la *Théorie de la Constitution* déjà, Schmitt dédiait quelques paragraphes au « problème de la justice politique », où il soulignait la nécessité, dans un Etat de droit, de prendre en compte la nature spécifiquement politique de certains conflits portés devant des cours de justice. Sans écarter alors la possibilité d'un contrôle constitutionnel, conforme à la logique même de l'Etat de droit, Schmitt y voyait alors surtout le signe d'une « inflexion de la logique interne de l'Etat de droit, pour des raisons politiques »[241]. Autrement dit, les conflits juridiques de nature politique témoignaient alors, pour Schmitt, des limites du principe libéral de juridictionnalité générale[242]. À partir de 1929, en revanche, le juriste écarte radicalement que l'instauration d'une justice constitutionnelle soit compatible avec l'Etat législateur.

Dans un Etat de droit législateur telle que l'est la République de Weimar, la mission du juge doit être strictement maintenue dans le cadre de l'application de la loi, qui garantit que « la législation demeure le centre de gravité de la décision politique »[243]. La décision du

---

[238] Schmitt (1931), 2009, p. 45.
[239] Schmitt (1931), 2009, pp. 45 et 46.
[240] Schmitt (1931), 2009, p. 35. Nous revenons sur la question de l'Etat juridictionnel un peu plus loin. Nous traduisons.
[241] Schmitt (1928), 1993, p. 276.
[242] « C'est là le vrai problème de la justice politique. Dans ce cas , il ne s'agit pas de se débarrasser d'oppositions d'intérêts politiques par le biais d'une procédure juridictionnelle, sans égard à des normes de décisions reconnues – donc d'en faire artificiellement des conflits juridiques –, mais il s'agit au contraire de prévoir pour certains genres de conflits vraiment juridiques une procédure ou une instance spécifique en raison de leur caractère politique (…). Le point important ici réside toujours dans l'écart spécial par rapport à la juridictionnalité libérale, dans la prise en compte du caractère politique par des marques particulières, organisationnelles ou autres, qui affaiblissent le principe libéral de juridictionnalité générale. » : Schmitt (1928), 1993, p. 273. *Cf.* Herrera, 1994, p. 203.
[243] Schmitt (1931), 2009, p. 35.

juge doit donc être, « dans son contenu, dérivée [*abgeleit*] d'une autre décision (…) déjà contenue dans la loi »[244]. Ce qui signifie que pour demeurer conforme aux principes de l'Etat législateur, la décision judiciaire doit seulement consister en une forme de *subsomption* du cas particulier sous la norme[245] :

> « Dans tous les cas, les fondements du contrôle et de la décision judiciaire doivent être des normes qui rendent possible une subsomption précise et délimitée. »[246]

Une telle conception de la décision judiciaire, où le *contenu* même de la décision du juge est renfermé dans la loi, est apparemment totalement contraire avec les théories antérieures du juriste[247]. Et, en 1931 encore, le juriste admet que dans toute décision juridique, y compris dans la décision d'un tribunal d'instance, il « demeure un élément de pure décision que l'on ne peut déduire du contenu de la norme »[248]. Néanmoins, pour demeurer conforme aux principes de l'Etat législateur, dont la position du juge (indépendance, inamovibilité, objectivité) est entièrement dépendante selon Schmitt[249], cet élément décisionnel doit se mouvoir dans le cadre restrictif des cas non douteux. Inversement, dès lors que la décision judiciaire ne pourrait plus être dérivée de la loi, elle perdrait sa qualité de décision de justice pour acquérir un caractère *politique* qui ruinerait selon lui le principe de séparation des pouvoirs et conduirait par suite à porter atteinte au pouvoir du législateur. Sur ce fondement, le juriste admet seulement un contrôle *incident* de la constitutionnalité des lois par le juge ordinaire[250], dans la limite où le juge demeure strictement lié par la loi et où il ne peut prendre qu'une décision limitée au cas d'application sans pouvoir procéder à une annulation de la loi[251]. Dans ce cas, en effet, le juge écarte seulement l'application

---

[244] Schmitt (1931), 2009, p. 29.
[245] *Cf.* Kelsen (1931), 2006, p. 82 et Paulson, 1995, p. 247.
[246] Schmitt, 1931, p. 20.
[247] Dans son article de 1912, « Gesetz und Urteil », Schmitt mettait en lumière l'élément décisionniste contenu dans tout jugement, lequel ne pouvait donc être compris sous la simple forme d'une subsomption du cas particulier sous la loi. Une tension que n'ont pas manqué de relever l'ensemble des commentateurs. *Cf.* notamment Le Divellec, 2007, p. 41 ; Baumert, 2009, p. 478.
[248] Schmitt (1931), 2009, p. 82
[249] « La soumission [de la décision judiciaire] à une de ces normes est, justement, la condition et la prémisse de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Quand le juge abandonne le terrain sur lequel il est réellement possible d'effectuer une subsomption sous des normes générales, il cesse d'être un juge indépendant (…). » Schmitt (1931), 2009, p. 36. *Cf.* également Schmitt (1931), 2009, p. 69.
[250] Ce contrôle de constitutionnalité est de fait très généralement admis par l'ensemble des juristes depuis la décision du Tribunal du Reich du 4 novembre 1925, où le Tribunal se reconnaît lui-même la compétence requise, et dont le juriste commente la décision dans son premier chapitre.
[251] « Si, à l'occasion d'un procès, l'application est refusée à une disposition légale en vertu du droit de contrôle du juge et de manière *incidente*, cela ne doit être qualifié, selon la pertinente expression de H. Triepel, que d'accessoire de la justice, et non par conséquent de juridiction légale ou constitutionnelle. »

d'une loi lorsqu'il se produit une collision et des contradictions entre deux lois susceptibles de s'appliquer au même état de fait en recourant à l'interprétation de la Constitution[252]. C'est pourquoi aussi le contrôle incident accordé au juge ordinaire doit cesser, poursuit Schmitt, « lorsque ces normes deviennent elles-mêmes douteuses ou controversées quant à leur contenu » [253]. Le raisonnement est pour le moins « curieux », comme le souligne Renaud Baumert[254], sachant que l'« évidence » d'une contradiction entre la loi et la Constitution est laissée à l'arbitraire du juge, mais qui semble suffisant pour écarter l'idée d'après laquelle le juge constituerait alors un « gardien de la Constitution »[255].

Sur ce fondement, le juriste s'oppose fermement à l'attribution du contrôle de constitutionnalité des lois à un tribunal constitutionnel centralisé. Effectivement, dès lors qu'une cour reçoit la fonction de trancher sur le contenu douteux de normes législatives, elle n'admet plus seulement une fonction strictement judiciaire, selon Schmitt, mais bien une fonction *législative*. Car une décision d'inconstitutionnalité ne consiste pas dans un acte de subsomption d'un « état de fait » sous une loi, mais engage la fixation du contenu incertain d'une loi. Or, le *contenu* d'une loi ordinaire ne peut être simplement déduit d'une loi constitutionnelle. C'est pourquoi le juriste nie qu'une « loi puisse être le gardien d'une autre loi »[256] et exclut que le juge puisse effectuer autre chose qu'une subsomption d'un cas concret sous une norme : dès qu'il prétend subsumer une norme sous une autre norme, le juge agit en fait en véritable législateur qui détermine le contenu de la norme inférieure. Mais, en outre, parce qu'il détermine de ce fait également le contenu de la norme constitutionnelle[257], le juge agirait non seulement en législateur, mais en « législateur constitutionnel »[258]. L'institution d'une cour de justice comme Gardien de la Constitution ne conduirait donc pas, conclut le juriste, à « une judiciarisation de la Politique, mais à une politisation de la Justice »[259].

Schmitt, « Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung », *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, Duncker & Humblot, 1958 (1929), p. 74. Cité in Baumert, 2009a, p. 477. *Cf.* également Schmitt (1931), 2009, p. 35.

[252] Schmitt (1931), 2009, p. 77.

[253] Schmitt, 1931, p. 19.

[254] Baumert, 2009a, p. 478.

[255] Schmitt, 1931, p. 12. *Cf.* Kelsen (1931), 2006, p. 73 et Herrera, 1994, p. 208 : « Los tribunales no son protectores de la Constitución, aunque ejerzan el control judicial de manera accesoria y difusa. La no aplicación de leyes anticonstitucionales sólo "puede contribuir" al respeto de la Constitución, pero no a su defensa. »

[256] Schmitt (1931), 2009, p. 71.

[257] *Cf.* Baumert, 2010, p. 482.

[258] Schmitt (1931), 2009, p. 82.

[259] Schmitt (1931), 2009, p. 41. *Cf.* également Schmitt, 1931, p. 158.

Or, si une telle politisation est encore admissible dans un Etat juridictionnel, où, comme c'est le cas aux Etats-Unis, « le dernier mot appartient au juge, arbitre suprême des conflits de droit, et non au législateur, créateur de normes »[260], inversement, dans « un Etat législateur, il ne peut y avoir de justice constitutionnelle ou de juridiction d'Etat qui soit un gardien de la Constitution approprié »[261], et seul le Parlement pourrait donc être admis lui-même à cette fonction de garant de l'unité politique de l'Etat législateur lui-même.

Dans sa publication de 1931 *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*[262], qui répond aux thèses formulées par le juriste allemand dans sa monographie de 1931[263], Kelsen dénonce vivement le procédé même d'une argumentation juridico-politique qui part de concepts préalables pour en tirer ensuite des conclusions prescriptives sur des questions juridiques déterminées[264]. Ainsi, le raisonnement de Schmitt prend appui sur des concepts tels que ceux de « justice », « d'Etat législateur » ou de « gardien de la Constitution », pour en déduire ensuite le caractère politique d'un tribunal constitutionnel, son inadéquation avec les principes de l'Etat législateur ou enfin retirer aux tribunaux ordinaires le statut de « gardien de la Constitution ». Mais Schmitt ne répond pas en revanche à la seule question véritablement juridique, qui consiste à savoir s'il est « opportun de charger de cette manière les tribunaux de la garantie constitutionnelle »[265]. Non sans une évidente circularité, Schmitt écarte le principe d'une justice constitutionnelle au nom de la préservation de l'Etat législateur, en postulant à la fois que l'Etat weimarien soit bien un Etat législateur[266] et à la fois qu'il est souhaitable qu'il le demeure[267]. Et, non sans inverser le raisonnement de Schmitt, Kelsen observe qu'« il serait sans doute plus juste de constater

[260] Schmitt (1932), 1990, p. 41. Schmitt (1931), 2009, p. 27.
[261] Schmitt, 1931, p. 76.
[262] Pour une analyse de l'ouvrage de 1931 plus précise que la nôtre qui s'en tient essentiellement aux éléments critiques que Kelsen oppose à Schmitt et aux thèses auxquelles le juriste allemand répond spécifiquement, on peut lire le très bel article déjà cité de C. M. Herrera : Herrera, 1994, et Herrera, 1997, pp. 190 à 215 ; Baumert, 2009a ; Baumert, 2007 ; Troper, 1995 ; Pasquale, 1994 ; Zanon, 1989 ; Baume, 2006.
[263] Paulson, 1995, p. 246.
[264] Ainsi que le souligne C.M. Herrera: « Existe en la argumentación de Schmitt una suerte de "juego dialéctico", un *va-et-vient* entre lo histórico y lo conceptual que, por ejemplo, lo lleva a apoyarse en una definición de ley en el "Estado de derecho", por él construida, a la que ataca luego por no adecuarse a la realidad histórica. » : Herrera, 1994, note de bas de page 39, p. 221.
[265] Kelsen (1931), 2006, p. 72.
[266] Rappelons que si Schmitt affirme bien, dans *Légalité et Légitimité* que le système de Weimar est bien un Etat législateur, il soutient également que l'Etat moderne évolue vers un système administratif dont la Justice constitue le « correctif » : « Lorsqu'on considère le développement des ordonnances d'urgence rendues par le Président du Reich, l'Etat allemand apparaît aujourd'hui à un observateur objectif des faits comme une combinaison entre un Etat administratif et un Etat juridictionnel. » : Schmitt (1932), 1990, p. 73.
[267] « Le raisonnement n'est donc pas exempt d'une certaine circularité puisqu'il faut préserver la prééminence du législateur *pour* conserver l'Etat de droit bourgeois dans sa variante législative. » : Baumert, 2009a, p. 483.

qu'un Etat dont la Constitution institue un tribunal constitutionnel n'est justement pas un "Etat législateur" »[268], plutôt que de partir du présupposé d'après lequel le système de Weimar étant un Etat législateur, toute justice constitutionnelle doit être exclue[269].

Mais, surtout, Kelsen s'irrite de voir refuser l'appellation de justice à une cour constitutionnelle au motif du caractère politique des jugements qu'elle serait amenée à rendre. Selon Kelsen, Schmitt a volontairement pris appui sur une conception désuète de la fonction judiciaire qui réduit le juge au statut d'instrument de subsomption d'un état de fait sous la norme[270], et qui pose par suite une différence *qualitative* entre une décision de justice rendue par une cour constitutionnelle, dont la teneur est politique, et une décision de justice ordinaire[271]. Or, à l'encontre de cette théorie du juge automate, d'après laquelle la décision du juge est toujours déjà contenue dans la loi, la conception dynamique du droit défendue par le juriste autrichien intègre dans le processus de production normative une dimension d'application *et* une dimension de production[272], et ce car « la norme supérieure est toujours une relation d'habilitation »[273]. Or, le processus de création du droit ne peut jamais être entièrement « déduit » de la norme supérieure. Ainsi, dans tout jugement, la subsomption de l'état de fait sous la norme suppose préalablement de déterminer le contenu de la norme – et l'état de fait lui-même doit faire l'objet d'une interprétation[274]. C'est pourquoi *tout* acte juridique possède une dimension politique.

Au sein des décisions de justice, cet élément politique provient du fait que la plupart des jugements, sinon tous, consistent à trancher entre des intérêts contradictoires qui s'opposent précisément sur le contenu douteux d'une disposition législative[275]. En termes schmittiens, tout jugement contient bien un élément décisionnel :

[268] Kelsen (1931), 2006, p. 84.

[269] Sur le procédé de Schmitt, *cf.* Zanon, 1991, p. 187.

[270] Kelsen (1931), 2006, pp. 82 et 83.

[271] Pour Schmitt « l'application d'une norme à une autre norme est quelque chose de qualitativement différent de l'application d'une norme à un contenu réel, et la subsomption d'une loi sous une autre loi (si quelque chose de tel est imaginable) est quelque chose d'essentiellement différent de la subsomption du contenu concret régulé sous sa règle ». Schmitt (1931), 2009, p. 76.

[272] *Cf.* Somek, 2010, pp. 82 et 83.

[273] Paulson, 1995, p. 255.

[274] Pour soutenir sa thèse portant sur l'identité qualitative de la décision de justice et de la décision d'une cour constitutionnelle, Kelsen montre qu'il s'agit dans les deux cas de la subsomption d'un fait matériel sous une norme, et ce car le fait matériel qu'il s'agit de subsumer est toujours l'édiction de la norme législative. Effectivement, le contrôle de constitutionalité des lois, même lorsqu'il porte sur la conformité du contenu matériel de la loi avec la Constitution, peut toujours être compris comme une décision sur la question de savoir si la loi a été adoptée selon la procédure requise pour modifier la Constitution. C'est pourquoi « dans tous les cas, c'est l'état de fait de la création d'une norme qui "subsume" cet état de fait sous une norme réglée et est alors reconnu comme conforme ou non conforme à la norme ». Kelsen, (1931), 2006, p. 81. *Cf.* Troper, 2007a, p. 92, et Herrera, 1994, p. 217.

[275] Kelsen, (1931), 2006, p. 79.

> « Si l’on perçoit le “politique” dans la résolution de conflits d’intérêts, dans la “décision” – pour reprendre la terminologie de C. Schmitt –, alors dans chaque jugement juridique il se trouve plus ou moins d’éléments décisionnels relevant de l’exercice du pouvoir. La composante politique de la justice est d’autant plus forte que son pouvoir d’appréciation est grand. »[276]

Il existe donc seulement une différence de degré entre la décision d’un tribunal ordinaire et celle d’un tribunal constitutionnel, qui procède d’une part de ce que la première ne crée que des normes individuelles et la seconde des normes générales, et d’autre part du pouvoir d’appréciation dont dispose le tribunal. Mais en tout état de cause, il n’existe pas plus de différence *qualitative* entre l’acte législatif et la décision judiciaire qu’entre la décision d’un tribunal civil et celle d’une cour constitutionnelle [277] :

> « En autorisant le juge, à l’intérieur de certaines limites, à trancher entre des intérêts contradictoires et à résoudre un conflit au profit de l’un ou de l’autre, le législateur lui confère une compétence de création du droit et donc un pouvoir qui donne à la fonction judiciaire ce même caractère « politique » qu’au pouvoir législatif, même si celui-ci l’exerce dans une plus large mesure. Entre le caractère politique de la législation et celui de la justice, il n’y a donc qu’une différence quantitative et non qualitative. »[278]

En d’autres termes, étant posé qu’il existe « un type unique de relation entre norme supérieure et norme inférieure à tous les niveaux dans la *Stufenbau* »[279], Kelsen admet bien volontiers que le contrôle de constitutionnalité des lois relève de la législation. Mais parce qu’il relativise la distinction de l’acte de production et de l’acte d’application du droit, de la législation et de la décision judiciaire, Kelsen refuse de faire du principe de séparation des pouvoirs autre chose qu’un argument de facture monarchiste en faveur de la préservation du pouvoir de l’exécutif à l’encontre du Parlement[280].

---

[276] Kelsen (1931), 2006, p. 75. *Cf.* Paulson, 1995, p. 252.
[277] En revanche, il existe une différence « sur un plan quantitatif, en cela qu’[un tribunal constitutionnel] annule la validité des lois anticonstitutionnelles dans tous les cas, alors que les tribunaux [ordinaires] exercent leur droit de contrôle uniquement dans les cas concrets. » : Kelsen (1931), 2006, p. 73. En outre, S.L. Paulson montre qu’il existe bien différentes perspectives « temporelles » dans la conception homogène de la relation entre norme inférieure et norme supérieure caractéristique de la *Stufenbau*, car : « Avant que la norme ait été créée, la relation entre la norme supérieure et la norme inférieure est un rapport de création (…). Après l’édiction de la norme, la relation est celle de la validité juridique. » : Paulson, 1995, p. 249.
[278] Kelsen (1931), 2006, p. 73.
[279] Paulson, 1995, p. 249.
[280] « Kelsen, qui, comme nous l’avons examiné, considérait que la doctrine de la “séparation des pouvoirs” permettait au monarque, par l’intermédiaire de l’exécution de la loi, de récupérer une partie du pouvoir législatif qu’il avait perdue au bénéfice des parlements, verra dans le rejet de ce type de contrôle un vestige des théories du constitutionnalisme monarchique, qui soutenaient que la promulgation du souverain suffisait

Mais, en admettant que la cour constitutionnelle possède bien une fonction législative, le juriste autrichien semble donner les instruments d'une radicalisation des critiques qui lui sont opposées. Car, comme Schmitt ne manque pas de le dénoncer, la Cour constitutionnelle porte alors directement atteinte au principe démocratique par son caractère « aristocratique », au sens où la Cour constitutionnelle ressemble fort à « une deuxième Chambre dont les membres seraient des fonctionnaires de carrière » exerçant un contrôle sur le Parlement[281].

Mais le contrôle de constitutionnalité promeut pourtant une certaine vision de la démocratie. Car l'instauration d'une justice constitutionnelle vise d'abord à défendre les intérêts des minorités parlementaires, qui disposent du pouvoir de faire valoir leurs droits auprès d'un tribunal constitutionnel. Mais, ensuite et plus largement, elle intègre potentiellement tous les groupes socialement organisés dans un processus de création et d'interprétation du droit. De telle sorte que l'édifice théorique de Kelsen vise bien à garantir une forme d'équilibre entre le Parlement et la justice, ou, plus exactement, entre la majorité et les minorités parlementaires et sociales, qui soit favorable à une conception pluraliste et relativiste de la démocratie.

Effectivement, d'un côté, Kelsen limite l'extension du pouvoir législatif qu'il accorde au juge : tout d'abord parce qu'il ne s'agit que d'une législation négative, puisque le juge ne dispose que du pouvoir d'annuler une loi[282]. Et, ensuite, comme le souligne Renaud Baumert, l'indétermination de la norme est toujours limitée pour Kelsen, fixant par suite le cadre de la régularité des actes juridiques possibles[283]. De plus, Kelsen défend l'idée d'après laquelle la cour se prononce seulement sur la procédure législative, et non sur le contenu de la loi, de telle sorte que, par une annulation, elle se bornerait à indiquer la nécessité d'employer une procédure de révision constitutionnelle pour certaines lois, garantissant ainsi que ces lois nécessitent le concours de la minorité[284]. Enfin, le juriste

pour garantir la constitutionnalité des lois, au détriment de la représentation populaire. » : Herrera, 1997, p. 199.

281 Schmitt, 1931, p. 155.

282 « La décision de la Cour constitutionnelle annulant une loi avait le même caractère qu'une loi abrogeant une autre loi. C'était un acte négatif de législation. Dans la mesure où la Constitution conférait à la Cour constitutionnelle une fonction législative, c'est-à-dire une fonction en principe réservée au Parlement, la Constitution autrichienne de 1920 prévoyait que les membres de la Cour constitutionnelle seraient élus par le Parlement, et non, comme les autres juges, nommés par le gouvernement. » : Kelsen (1942), 1990, p. 20.

283 Le juriste penche même en faveur d'une action juridique limitée du juge constitutionnel qui devrait seulement annuler les lois qui débordent du cadre des interprétations possibles du texte constitutionnel, et qui, par suite, ne trancherait pas en faveur d'une interprétation. Une limitation dont R. Baumert souligne le caractère « optimiste ». *Cf.* Baumert, 2009, pp. 409 à 411 ; *cf.* également Troper, 2007a, p. 94.

284 « [Pour Kelsen], même si la loi est inconstitutionnelle car son contenu est contraire à la Constitution, son caractère inconstitutionnel découle du fait qu'elle n'a pas été adoptée selon la procédure de révision

invite à ce que la rédaction des normes légales ou constitutionnelles soit relativement précise, de manière à limiter la marge d'interprétation du juge agissant « comme "législateur négatif" »[285].

Mais, de l'autre côté, Kelsen attribue à la justice constitutionnelle un pouvoir de préserver les minorités en leur offrant les moyens de contrer les décisions de la majorité parlementaire, comme le soutient Carlos-Miguel Herrera :

> « Según Kelsen, los tribunales constitucionales constituían "un medio idóneo para hacer efectiva la esencia de la democracia, es decir, el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento", ofreciendo un instrumento para la protección de los derechos de las minorías frente a las decisiones de la mayoría, por lo cual la Corte constitucional constituía un supertribunal. »[286]

Cette interprétation du rôle cédé par Kelsen à la Cour constitutionnelle est largement partagée par Renaud Baumert, pour lequel en instituant « un système de contraintes qui doit peser sur la majorité afin de l'obliger à composer avec la minorité »[287], la justice constitutionnelle soumettrait le parlementarisme à un « principe majoritaire-minoritaire », qui garantit, selon lui, le seul critère de légitimité du droit démocratique : « son acceptabilité par la population »[288].

On pourrait sans doute relativiser le caractère pleinement démocratique du tribunal constitutionnel dans la théorie de Kelsen. Ainsi, M. Troper souligne les limites de l'effort de « relativisation » du pouvoir législateur du juge constitutionnel par Kelsen : d'une part,

constitutionnelle : ici le jugement de constitutionnalité matériel n'existe pas, ou, pour mieux dire, c'est toujours un jugement de constitutionnalité formelle, c'est-à-dire sur la manière dont la loi a été produite. » : Zanon, 1991, p. 188. *Cf.* également Troper, 1995, pp. 175 et 176.

[285] « En conséquence, les normes constitutionnelles ne doivent pas être rédigées dans des termes trop généraux, en vue de leur application par un tribunal constitutionnel – cela concerne plus particulièrement les normes avec lesquelles le contenu de lois futures est déterminé, comme les dispositions sur les droits fondamentaux, etc. – et ne doivent pas introduire des concepts percutants et vagues comme la "liberté", l'"égalité", etc. Sinon on risque un glissement de pouvoir du Parlement à une même instance extérieure. » : Kelsen (1931), 2006, p. 86.

[286] Herrera, 1994, p. 204. « Selon Kelsen, les tribunaux constitutionnels constituent "un milieu idoine pour rendre effective l'essence de la démocratie, c'est-à-dire, le compromis constant entre les groupes représentés au Parlement", offrant un instrument pour la protection des droits des minorités contre les décisions de la majorité, pour lesquelles la Cour constitutionnelle constitue un supertribunal ».

[287] Baumert, 2007, p. 143.

[288] « Parce qu'il n'est fondé sur aucune valeur absolue, le droit démocratique ne peut tirer sa légitimité que d'un seul critère : son "acceptabilité" par la population. C'est là le sens même de la démocratie : en assurant une coïncidence aussi grande que possible entre le peuple auteur des lois et le peuple soumis aux lois, la démocratie tend à produire un droit aussi acceptable que possible, un droit qui satisfasse le maximum de citoyens. » : Baumert, 2007, p. 143. On pourrait rapprocher cette idée d'acceptabilité de la lecture défendue par C. M. Herrera d'après lequel en « dernière instance, dans la conception kelsénienne, le Tribunal constitutionnel revêt une importance politique de premier ordre : à savoir "la garantie de la paix à l'intérieur de l'Etat". » : Herrera, 1994, p. 206. Nous traduisons.

parce que « le pouvoir d'empêcher peut être tout aussi discrétionnaire que le pouvoir de statuer » et d'autre part, parce qu'un tel pouvoir influence ensuite la production législative « positive » [289]. Pour M. Troper, la théorie de la justice constitutionnelle défendue par Kelsen est non seulement antidémocratique, mais elle est même contraire à *sa propre* théorie de la démocratie comme « système d'autonomie, [en vertu de laquelle] la fonction législative doit être exercée non par des juges, mais par les élus, c'est-à-dire par le Parlement »[290]. A ces arguments, il faut ajouter qu'en vertu du caractère technique que Kelsen accorde à la justice constitutionnelle, la fonction de juge au tribunal constitutionnel demeure réservée à des juristes, dont la représentativité est en outre nécessairement faussée par les mécanismes de désignation secondaire – soit, le fait qu'ils soient élus par l'Assemblée et non par les citoyens[291]. De manière générale, l'analyse de Michel Troper souligne la nécessité d'une véritable réflexion portant sur la compatibilité de la justice constitutionnelle et de la démocratie, qui crée quelques tensions dans la théorie de Kelsen.

Il nous semble d'ailleurs que la théorie de la démocratie défendue par Kelsen repose sur une ambivalence, qui consiste d'un côté à fonder la démocratie sur le principe d'une liberté absolue ou « anarchique » de l'individu, lequel exige que chacun ne soit jamais et autant que possible, soumis qu'à lui-même, et de l'autre à multiplier les étapes supposément nécessaires de la « transformation » de la liberté naturelle anarchique vers la liberté civile démocratique, ce qui conduit explicitement vers un système de domination exercée par le petit nombre de ceux qui participent plus ou moins directement à la formation de la volonté générale.

Toute la théorie de la démocratie kelsénienne repose effectivement sur la primauté du principe de l'autonomie de l'individu, explicitement compris sous la forme d'un « instinct primitif [de liberté] qui dresse l'individu contre la société »[292]. Ce qui ne signifie pas autre chose, sinon que l'ordre démocratique est la résolution d'un « conflit *insoluble* qui oppose la liberté individuelle et l'ordre social, du fait que, par son essence même, l'ordre social doit valoir objectivement, c'est-à-dire en dernière analyse, indépendamment de la volonté

---

289 *Cf.* Troper, 2007a, p. 94 et ss.

290 Troper, 1995, p. 172.

291 Le juriste affirme, mais non sans d'évidentes réticences, que, si l'élection des membres de la Cour par le Parlement ne semble pas suffisamment démocratique, il est toujours possible de recourir à l'élection pour désigner les membres du tribunal constitutionnel : « Si l'on veut donner une forme démocratique à ce tribunal, rien n'empêche qu'il soit élu par le peuple comme l'est le Chef de l'Etat et qu'on ne confère le statut de fonctionnaire ni à ses membres ni au Chef de l'Etat, même si on ne répond pas à la question de savoir si la forme de création et de qualification de cet organe est plus appropriée eu égard à sa fonction. » : Kelsen (1931), 2006, p. 114.

292 Kelsen (1931), 2004, pp. 3 et 4.

de ses sujets »[293]. Si Kelsen peut donc voir en Rousseau un authentique penseur de la démocratie, c'est au sens où Rousseau aurait à la fois perçu l'origine de la démocratie fondée sur la liberté individuelle et le caractère nécessairement objectif de l'ordre social qui s'impose à la volonté individuelle[294]. En revanche, Rousseau n'aurait pas pris la pleine mesure du caractère conflictuel de la liberté individuelle et de l'ordre social, qui implique une transformation radicale de l'idée de liberté, « qui, ayant à l'origine signifié la liberté de l'individu de toute domination étatique, en arrive à signifier sa participation au pouvoir étatique »[295] et qui de la liberté de l'individu finit par désigner la liberté de l'Etat démocratique. On sait que Rousseau lui-même admet cette transformation de la liberté naturelle vers la liberté civile. Mais pour Kelsen, cette transformation invalide par avance toute prétention à réaliser pleinement l'identité du peuple qui gouverne et du peuple gouverné, et ce, parce qu'il existe toujours un écart entre la volonté individuelle et l'ordre étatique : « inévitablement le cercle des individus qui forment ces deux peuples, le peuple-sujet (titulaire) du pouvoir, le peuple-législateur, et le peuple-objet du pouvoir, le peuple-sujet des lois, ne coïncident pas. »[296]. Autrement dit, Kelsen souligne le fait de la *domination* dans la démocratie[297] : en dépit de son fondement axiomatique et de son idéal d'identité, la démocratie réelle est toujours une domination exercée par le petit nombre de ceux qui participent plus ou moins directement à la formation de la volonté générale. Par cette analyse, Kelsen montre les dangers inhérents à toute théorie prétendant réaliser effectivement « l'identité démocratique » de la volonté de chacun avec la volonté générale, notamment dans la théorie de Schmitt. Mais, en posant comme idéal démocratique l'identité de la volonté de chacun avec la volonté générale tout en soulignant le fait indépassable de la domination, Kelsen donne à sa théorie de la démocratie deux versants qui ne sont pas sans tensions : car, d'un côté, la démocratie apparaît comme une forme de domination politique acceptable par les garanties qu'elle offre en termes de préservation des libertés individuelles ; et, de l'autre côté, la démocratie apparaît comme *participation* au pouvoir politique. Or, sans effacer les tensions internes à la théorie de la démocratie de Kelsen, il n'en demeure pas moins que, sur ce second versant, le juriste élargit l'idée même de participation politique.

[293] Kelsen (1931), 2004, pp. 5 et 6.
[294] Herrera, 2004, p. 88.
[295] Kelsen (1931), 2004, p. 9.
[296] Kelsen (1931), 2004, p. 16.
[297] Herrera, 2004, pp. 83 et 84.

En effet, par sa théorie de la *Stufenbau*, qui relativise la distinction de la formation et de l'application du droit, Kelsen introduit l'idée non négligeable d'une possible extension de la participation des intérêts sociaux en conflits à tous les échelons de la création du droit. La justice constitutionnelle reçoit alors une fonction spécifique dans le processus de création du droit qui vise explicitement à céder une place importante à la *participation* des intérêts minoritaires dans le processus d'interprétation et de création (négative) des lois – imposant ainsi l'obligation, pour la majorité, de prendre en compte leurs intérêts dans la production législative positive. Mais, en outre, et c'est essentiel à nos yeux, Kelsen ouvre la porte à une possible contestation de la constitutionnalité d'une loi devant le Tribunal par une « *actio popularis* »[298]*, faisant ainsi de la Cour constitutionnelle non plus seulement l'instrument d'une protection des minorités parlementaires, mais également d'une nouvelle forme de participation populaire au processus de création du droit*. Kelsen attribue à la procédure contentieuse, caractéristique de la justice pénale, civile ou administrative, un intérêt spécifique dans la production législative négative d'un tribunal constitutionnel. Car, dans la mesure où l'on admet une Cour constitutionnelle et où la procédure est contentieuse (*parteimässig*), « les *pro* et les *contra* de la constitutionnalité de la loi [doivent] être discutés publiquement »[299], favorisant ainsi une mise au jour des intérêts sous-jacents. Comme le relève Kelsen, la question porte en arrière-fond sur *la manière dont le processus de création du droit doit se réaliser*. Et Kelsen se déclare nettement en faveur d'une telle procédure judiciaire, dans le but de répondre au caractère potentiellement hautement politique de certaines décisions judiciaires – et donc tout particulièrement de la justice constitutionnelle :

> « S'il s'agit de la question : "une loi ordinaire viole-t-elle la Constitution ?" et que l'énoncé de la Constitution ne fournit aucune réponse précise, de telle sorte que le jugement du tribunal constitutionnel constitue en fait un prolongement de la Constitution, dans une direction déterminée, alors, dans cette situation, le conflit d'intérêts existant est de la plus haute importance. Et c'est justement là qu'il est capital de laisser se dérouler le processus de la formation de la volonté étatique se manifestant par le biais du jugement d'un tribunal constitutionnel, dans une procédure où s'expriment les intérêts en présence. »[300]

[298] Kelsen (1931), 2006, p. 96.
[299] Kelsen, (1931), 2006, p. 88.
[300] Kelsen, (1931), 2006, p. 89.

Kelsen justifie l'instauration d'une Cour constitutionnelle précisément parce qu'elle permet de *manifester les intérêts contradictoires* concernés par l'interprétation d'une norme constitutionnelle. Mais le juriste ne s'en tient pas à cette valorisation d'une forme de publicité des débats contradictoires portant sur l'interprétation des normes législatives, rendue possible grâce à l'instauration d'une justice constitutionnelle. Kelsen fait également d'une telle expression des intérêts contradictoires l'un des éléments de la « forme juridique » dans une procédure contentieuse. Car, à l'encontre de l'affirmation de Schmitt d'après laquelle la procédure de la justice constitutionnelle ne disposerait d'aucune forme juridique, le juriste autrichien dénonce effectivement l'aveuglement du juriste à « la réalité sociologique de laquelle provient une procédure contentieuse : le fait que les intérêts contradictoires participent d'une forme juridique, comme de la décision d'un tribunal et plus particulièrement du "gardien de la Constitution", que chaque "décision" tranche entre des intérêts contradictoires, c'est-à-dire en faveur de l'un ou de l'autre, ou dans le sens d'une médiation entre les deux, de telle sorte qu'une procédure contentieuse n'a pas d'autres fonctions que d'exprimer les intérêts en présence. Tout cela n'est guère perceptible lorsque ce conflit d'intérêts est dissimulé derrière la fiction d'un intérêt commun »[301]. La procédure contentieuse, dans le cas de la justice constitutionnelle, permet non seulement de mettre en pleine lumière les intérêts contradictoires que l'acte même de production législative tend à masquer derrière la fiction de la volonté générale, mais en outre elle influence la procédure de production du droit dans le sens d'une intégration ou d'une prise en compte de ces intérêts contradictoires. Et, en ce sens, la théorie de la justice constitutionnelle procède certainement, comme le soutiennent Carlos-Miguel Herrera[302] et Renaud Baumert, d'une certaine idée de la démocratie, au sein de laquelle l'« élément qui domine (…) [semble être] le caractère de compromis que doit revêtir la confection du droit »[303].

Mais, si Schmitt s'attaque aussi vigoureusement au principe d'une justice constitutionnelle en s'emparant d'une question qui, à proprement parler, n'est pas la sienne, c'est justement parce qu'elle offre, à un ensemble de groupes sociaux organisés toujours plus large, un

[301] Kelsen, (1931), 2006, pp. 89 et 90.
[302] C'est pourquoi aussi, C. M. Herrera écarte l'idée que la théorie de Kelsen portant sur le gardien de la Constitution puisse être conçue comme une théorie strictement scientifique, visant à évacuer le politique du juridique : « Si Kelsen lo plantea como un problema jurídico, se debe más a su concepción de lo político que a querer evacuar las consecuencias "políticas" del problema de la defensa de la Constitución. Es por ello que, como hemos visto, *para Kelsen la necesidad de un tribunal constitucional está ligada con su concepción de la democracia.* » : Herrera, 1994, p. 222. Nous soulignons.
[303] Baumert, 2007, p. 143. *Cf.* également Pasquino, 1994, p. 151.

moyen de participer au processus de création du droit. C'est donc le fait que la justice constitutionnelle soutienne une évolution pluraliste de l'Etat que Schmitt veut lutter, au moyen du « gardien de la Constitution ».

C. Le président comme rempart contre le pluralisme

Au regard du juriste, l'instauration d'une justice constitutionnelle à un moment où le pluralisme politique constitue déjà une menace pour la formation d'une volonté étatique et pour l'unité politique elle-même est un véritable contre-sens.

En effet, l'Etat, pour Schmitt, est désormais pluraliste, c'est-à-dire qu'il est la proie d'une pluralité de groupements sociaux (partis, associations professionnelles, associations religieuses, etc.) qui utilisent les divers leviers offerts par la légalité et l'Etat pour atteindre leurs fins propres[304]. Or, dans le cadre d'un Etat législateur, le pluralisme conduit à la dissolution de l'unité étatique. Car les groupes sociaux qui se sont installés dans une « demi-obscurité », c'est-à-dire dans une position intermédiaire où ils agissent à la fois en tant qu'Etat et en tant que partis commissionnés par des intérêts socio-économiques[305], ne permettent plus une véritable représentation de l'unité politique. Et c'est précisément, selon Schmitt, de la faillite de l'Etat législateur que serait née l'idée que la justice pourrait constituer une protection *à l'encontre du Parlement*[306].

Avec une telle généalogie, le juriste valide le diagnostic des libéraux conservateurs qui voient dans le *Parlement* l'institution dont il faut se prémunir au moyen de l'instauration d'une justice constitutionnelle. Car bien des juristes conservateurs caressent effectivement l'idée de voir substituer à un Etat législateur un Etat juridictionnel soumis au juge, plutôt qu'au législateur, comme nous l'avons noté en début de ce chapitre. Mais le juriste met en garde contre les « effets pervers »[307] du remède adopté, faute d'une « connaissance concrète de la situation constitutionnelle dans son ensemble »[308]. Car, s'il faut en dernière lieu se prémunir contre le Parlement, c'est parce que ce dernier est désormais soumis à des majorités instables, exclusivement formées autour de fragiles compromis entre des groupes

---

[304] La question du pluralisme, qui constitue le chapitre central de l'ouvrage de 1931 sera examinée plus longuement dans le chapitre suivant.
[305] Schmitt (1932), 1990, p. 72.
[306] Schmitt (1931), 2009, p. 147. *Cf.* Herrera, 1994, p. 211 et Baumert, 2009, pp. 475 et 476.
[307] Baumert, 2009a, p. 484.
[308] Schmitt (1931), 2009, p. 147.

représentants des intérêts privés. C'est donc le pluralisme politique qui fait problème derrière la question de la justice constitutionnelle. Et, sous cet angle, l'instauration d'une justice constitutionnelle doit être rejetée parce qu'elle est intrinsèquement porteuse d'une conception pluraliste[309].

En effet, l'instauration d'une justice constitutionnelle accorde aux groupes sociaux politiquement organisés le droit de se faire valoir auprès de la puissance publique, en exerçant une pression sur l'interprétation et la création des normes légales et constitutionnelles. C'est pourquoi, d'une part, une juridictionnalité poussée jusqu'à l'instauration d'une justice constitutionnelle doit d'abord conduire à une politisation complète de la justice, laquelle ne peut être compatible avec l'Etat de droit[310] réclamée par les libéraux conservateurs[311]. Mais, d'autre part, dans un système dominé par le pluralisme, l'instauration d'une justice constitutionnelle revient à céder les rênes de l'Etat *et la Constitution* elle-même aux groupes d'intérêts pluralistes :

> « Inversement, admettre, sans réflexion constitutionnelle théorique, que les groupes sociaux les plus divers puissent se porter partie devant le *Staatsgerichtshof* mène à une conception pluraliste de l'Etat et transforme la Constitution d'une décision politique du dépositaire du pouvoir constituant en un système de droits contractuels ; des droits dont les groupes et les organisations intéressés peuvent réclamer l'observation à l'Etat par un procès. »[312]

[309] Schmitt (1931), 2009, p. 109 et ss.

[310] « Mais inversement ce serait un malentendu de soumettre, pour cette raison, l'Etat tout entier à la justice, et de considérer au bout du compte que l'idéal de l'Etat de droit consiste en une cour de justice qui décide des orientations générales de la politique et du contenu des lois d'après les plaidoyers des "parties". L'Etat de droit bourgeois, précisément, ne peut exister que par une démarcation stricte et délibérée du domaine spécifique de la justice. (…) Une extension sans frein de la justice ne transformerait pas l'Etat en juridiction mais, au contraire, transformerait les tribunaux en instances politiques. Cela ne judiciserait pas la politique mais politiserait la justice. La justice constitutionnelle serait alors une contradiction en soi. » : Schmitt, « Das Reichsgericht als Hüter des Verfassung », in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, (1929), Berlin, Dunker & Humblot, 1958, pp. 97 et 98.

[311] Selon Nicolò Zanon : « Carl Schmitt n'avait rien contre un *richterliche Prüfungsrecht*, dont le caractère politique, probablement, lui échappait (ou bien qui ne l'intéressait pas : il est vraiment saisissant de voir à quel point Schmitt méconnaît la remise en cause des rapports entre système législatif et système constitutionnel que l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité "diffus" est toujours apte à réaliser). Il le considérait, tout simplement, comme une application de deux principes juridiques traditionnels, c'est-à-dire l'indépendance des juges et leur soumission à la loi. » : Zanon, 1991. Mais nous ne pensons pas que le caractère politique du contrôle incident de la loi par le juge ordinaire échappe à Schmitt. Bien au contraire, en acceptant ce contrôle incident tout en écartant qu'il soit à proprement parler le gardien de la Constitution, Schmitt intègre la thèse de la frange la plus conservatrice de la doctrine, selon l'interprétation de R. Baumert. Et, si « tel est le cas, [Schmitt] opère avec une grande habileté rhétorique, puisqu'il cherche, dans le répertoire libéral, des raisons de justifier ce choix – parfois au mépris de ses convictions les plus fermement ancrées. » : Baumert, 2010, p. 480.

[312] Schmitt (1931), 2009, p. 98.

Si les groupes sociaux politiquement organisés reçoivent le droit de se faire valoir auprès de la puissance publique, ils sont alors conduits à traiter les litiges constitutionnels « comme des questions susceptibles de faire l'objet d'accords et de conventions »[313]. De ce fait, le pluralisme détruit la Constitution en son sens positif, c'est-à-dire en tant que choix issu du pouvoir constituant du peuple sur la forme et le genre de l'unité politique. Loin de désigner l'unité du peuple, la Constitution s'est peu à peu transformée en un système de droits subjectifs issus de compromis passés entre les acteurs sociaux, où le Tribunal constitutionnel joue la fonction d'une instance arbitrale. Ainsi que l'explique Peter Caldwell :

> « The adjudication of political disputes would permit individual parties to act as though their own subjective rights raised them above the "real" interest of the state. Under such conditions, the constitution would come to appear a mere contract among nations or private individuals. »[314]

C'est pourquoi le juriste peut ensuite en conclure que « toutes les interprétations et applications qui tendent à faire de la Constitution de Weimar un contrat, un compromis, ou autre, sont repoussées solennellement comme violation de l'esprit de la Constitution. »[315]

Ainsi, sur un plan théorique général, c'est à la mutation en cours de la Constitution vers un système de droits acquis contractuellement que le juriste entend résister en refusant l'instauration d'une justice constitutionnelle. Mais, plus concrètement, le juriste ne se contente pas d'accuser le pluralisme d'une dissolution de l'unité étatique. Plus radicalement, il y voit la cause de la situation politique désastreuse de l'Allemagne à la fin des années 20[316], et tout particulièrement de la *crise du parlementarisme*. Pour Schmitt, c'est le pluralisme qui a conduit le Parlement à l'impuissance : « majorités qui ne sont plus susceptibles d'être calculées ; gouvernements incapables de gouverner, et irresponsables en conséquence de leurs obligations et de leurs compromis ; compromis incessants de partis et de fractions qui permettent l'expansion d'un troisième parti ou de l'ensemble de tous les

---

313 Schmitt (1931), 2009, p. 116.

314 « Schmitt claimed that the Weimar system was transforming public law into a procedural system analogous to that of private law, with "subjective public rights" sanctioning the "pluralistic dissolution of the state". » : Caldwell, 1997, p. 112.

315 Schmitt, 1931, p. 62.

316 Les deux articles de 1929 consacrés à la question du « gardien de la Constitution » ne traitent pas spécifiquement la question du pluralisme. En revanche, cette question constitue l'axe central du chapitre consacré à la « situation constitutionnelle concrète actuelle » au sein de l'ouvrage de 1931.

partis, et où chaque parti se fait payer sa collaboration »[317]. C'est pourquoi la préservation de la Constitution est désormais comprise sous la forme d'une protection *contre le Parlement soumis au pluralisme partisan*[318], devenu désormais incapable de former la volonté de l'Etat. Ainsi que le souligne clairement Carlos-Miguel Herrera :

> « De este modo, para el jurista vienes, Schmitt construye un concepto de control de constitucionalidad, entendida como contrapeso al Parlamento "pluralista", y de jurisdicción "apolítica", que no tiene nada que ver con la práctica jurisdiccional, pero que le permite desechar un tribunal para dicha función y reclamarla para el presidente. »[319]

La thèse d'après laquelle le Président peut seul constituer le gardien de la Constitution repose donc d'abord sur une analyse du contexte socio-politique de l'Allemagne. Pour Schmitt, le gardien de la Constitution ne peut consister dans l'instauration d'une justice constitutionnelle parce que la préservation de la Constitution ne consiste pas dans un contrôle ordinaire de constitutionnalité, mais dans la sauvegarde de l'unité concrète de l'Etat. C'est la fonction même de garant de la Constitution qui se modifie avec la notion de « gardien », laquelle invite évidemment à penser que la protection dont la Constitution a besoin porte non sur le respect de la légalité mais sur sa teneur substantielle, soit sur les décisions fondamentales du pouvoir constituant qui expriment l'unité politique du peuple. Mais, s'il est évident sur un tel fondement que le Parlement ne peut être admis comme gardien de la Constitution, puisque c'est de lui qu'il s'agit de préserver l'unité politique, en revanche, il est bien plus difficile de montrer que le Président soit à même de défendre *à lui seul* l'unité politique[320]. C'est dans cet objectif que Schmitt construit sa théorie du « pouvoir neutre ».

---

[317] Schmitt (1931), 2009, pp. 159-160. Nous traduisons.

[318] Comme le soutient P. Caldwell : « (…) the Reichstag was the threat against which the constitution had to be guarded. As long as parliament reflected the fragmentation of social reality and allowed a multiplicity of groups access to state power, it imperiled the real constitution – the unified will of the people. » : Caldwell, 1997, p. 113.

[319] Herrera, 1994, p. 219. « De telle sorte que, pour le juriste viennois, Schmitt construit un concept de contrôle de constitutionnalité, compris comme un contrepoids au Parlement "pluraliste", et une juridiction "apolique", qui n'a rien à voir avec la pratique juridictionnelle, mais qui lui permet de rejeter qu'un tribunal exerce la dite fonction et de la réclamer pour le président ».

[320] Kelsen admet bien que le Président soit, *en un certain sens*, garant du respect de la Constitution : « [Que le Président soit également gardien de la Constitution] parce qu'il fonctionne comme garant de la Constitution, parallèlement à une Haute Cour constitutionnelle désignée par l'article 19, ou plus exactement à une autre Cour de justice mentionnée ici, parallèlement à un droit de contrôle matériel de la loi exercé par les tribunaux civils, pénaux et administratifs, cela personne ne le niera, pour autant que le Président du Reich ait la tâche, à côté de ces organes, de veiller à la constitutionnalité des lois et autres actes. » : Kelsen (1931),

La théorie du pouvoir neutre possède l'objectif évident de contourner l'objection, largement développée par Kelsen en 1931, d'après laquelle le Président est l'un des organes susceptibles de commettre des violations à l'encontre de la Constitution, objection qui le conduit à écarter l'idée d'un Président gardien de la Constitution. A cette affirmation, qui correspond à l'idée d'après laquelle la défense de la Constitution consiste à préserver la légalité de l'ensemble des actes juridiques, Schmitt oppose le principe d'une mission spécifique dévolue au Président par la Constitution elle-même[321]. Une telle mission se déduit de la position institutionnelle du Président, qui consiste, selon le juriste, en un « pouvoir neutre (*neutralen Gewalt*) et intermédiaire »[322] dont la compétence particulière ne permet pas de le mettre sur le même plan que les autres pouvoirs constitutionnels. Pour interpréter la nature propre d'une telle position, Schmitt recourt à la théorie du pouvoir neutre de B. Constant, qui attribue au monarque une fonction essentiellement médiatrice à l'encontre du bonapartisme et de la Constitution monarchiste. Pour le juriste, B. Constant a saisi l'essence du pouvoir médiateur et neutre du chef de l'Etat, absolument indispensable dès lors que doit exister un principe de séparation des pouvoirs. Car, dans le but de préserver la continuité et l'unité de l'Etat, il est nécessaire d'attribuer à un tiers neutre une forme d'*auctoritas* sans *potestas* qui n'est pas une « activité continue de commandement »[323], mais plutôt ce qui demeure, lorsqu'on « soustrait le gouverner du régner »[324]. Par cette *auctoritas*, le chef de l'Etat se tient donc non pas au-dessus, mais à côté des autres pouvoirs, avec lesquels il ne doit pas entrer en concurrence « dans le sens d'une expansion de son propre pouvoir »[325]. Et c'est grâce à cette position d'intermédiaire neutre qu'il peut agir en situation de conflit politique grave entre les organes de l'Etat, *en garant de l'unité politique*.

Reste, et Schmitt ne l'ignore pas[326], que la neutralité du monarque provient essentiellement, chez B. Constant, de l'hérédité de sa charge[327]. Or, si la fonction du Président possède bien une relative stabilité en vertu de la durée de son mandat ainsi que

---

2006, p. 110.Mais Schmitt n'entend nullement faire du Président le garant de la constitutionnalité des lois à côté d'autres organes.

[321] Schmitt, 1931, p. 158.

[322] Schmitt, 1931, p. 133.

[323] Schmitt, 1931, p. 138.

[324] Schmitt, 1931, p. 138. Schmitt se réfère bien évidement à la formule caractéristique de la monarchie constitutionnelle d'après laquelle « le roi règne mais ne gouverne pas ».

[325] Schmitt, 1931, p. 137.

[326] *Cf.* Schmitt (1928), 1993, pp. 431 et 432. *Cf.* également sur ce point Baumert, 2009a, pp. 497 et 498.

[327] *Cf.* Constant (1815), 1997, p. 332.

des difficultés opposées à sa révocation, en revanche, son élection au suffrage universel rend l'indépendance du Président à l'égard des partis et des intérêts politiques on ne peut plus douteuse, comme le relève Kelsen[328]. Mais Schmitt retourne l'argument, en faisant du caractère plébiscitaire de la fonction présidentielle, d'une part, et de la multiplicité des liens de dépendance que la Constitution instaure entre le Président et l'Assemblée, d'autre part, la source d'un « système global de neutralité » :

> « Le Président du Reich est au centre d'un système global de neutralité et d'indépendance politique à l'égard des partis construit sur une base plébiscitaire. »[329]

Effectivement, sur un premier volet, le système global des dépendances qui lient le Président au Parlement et au gouvernement (qui repose notamment sur le fait que les actes du Président exigent le contreseing des ministres, eux-mêmes dépendants de la confiance du Reichstag d'un côté, et de l'autre sur le fait que le Président dispose du pouvoir de dissoudre l'Assemblée), est interprété par le juriste comme le principe d'une forme d'équilibre politique qui ôte au Président un pouvoir continu de « commandement » de l'Etat. Et, pour démontrer la nature analogue du « pouvoir neutre » du Président et du monarque dans la tradition de B. Constant, Schmitt met en parallèle le « catalogue typique des compétences du chef de l'Etat » dans les constitutions du XIXe siècle (caractère inviolable du Président ou au moins position privilégiée du Chef de l'Etat, droit de promulguer les lois, droit de grâce, nomination des ministres et des fonctionnaires et droit de dissoudre la Chambre), avec le catalogue des compétences du président[330].

Mais, ensuite, sur un second volet, le caractère hautement plébiscitaire de sa fonction (élection au suffrage universel et possibilité d'en appeler au peuple par référendum) installe le Chef de l'Etat en position d'incarner l'unité politique dans un système démocratique :

---

[328] « D'un point de vue tout à fait réaliste et sans enjolivements idéologiques, si on considère la "neutralité" du Chef de l'Etat dans cette possibilité – garantie par son indépendance à l'égard des partis politiques – d'influencer la formation de la volonté étatique en vue d'un compromis, il faut bien admettre que les conditions pour y satisfaire sont davantage réunies chez un monarque héréditaire que chez un Chef d'Etat élu et rééligible. L'élection du Chef d'Etat qui se déroule inévitablement sous la forte pression des actions politiques partisanes est, certes, une méthode de désignation démocratique, mais qui ne garantit pas forcément son indépendance. » : Kelsen (1931), 2006, p. 106.
[329] Schmitt, 1931, p. 158.
[330] Schmitt, 1931, p. 134.

> « Que le Président du Reich soit le gardien de la Constitution correspond également, avant tout, au principe démocratique sur lequel repose la Constitution de Weimar. »[331]

L'articulation des deux volets fonde un « système global de neutralité » à base plébiscitaire qui garantit *l'indépendance du Président à l'égard du pluralisme partisan* dans le but d'assurer l'unité du peuple comme une totalité politique[332]. Une thèse qui n'est pas sans accomplir un véritable tour de force, puisque, d'un côté, le juriste pose l'indépendance et la neutralité du Président qui fonde son rôle de gardien de la Constitution, tout en introduisant, de l'autre, l'idée d'après laquelle c'est dans sa capacité à prendre de véritables décisions politiques à l'encontre du pluralisme partisan que réside la tâche spécifique du Président.

Et effectivement, la neutralité du Président, comprise comme une indépendance à l'égard du pluralisme partisan, est, souligne Schmitt, une *indépendance politique*. Car, à la différence de l'indépendance apolitique du juge, qui n'est jamais que l'autre face de sa soumission à la loi, l'indépendance du Président a pour fonction de rendre possible la formation d'une *volonté politique forte*, qui soit indépendante des partis[333], et qui doit s'exprimer dès lors que le pluralisme ne permet plus la formation d'une volonté politique, notamment lorsqu'il n'existe plus de majorité au Reichstag[334]. On ne saurait mieux exprimer que *le Président est un pouvoir neutre*[335] *ou indépendant à la mesure de sa capacité à prendre des décisions contre le Reichstag, lorsque le pluralisme empêche la formation d'une majorité et par suite la détermination d'une volonté étatique claire*. Une mission que le juriste voit non comme une question de parti, mais plutôt de « technique politique d'harmonie »[336].

La démonstration de Schmitt n'est pas sans d'évidentes tensions, en ce qu'elle suppose à la fois, non sans arbitraire, d'isoler la fonction présidentielle des autres organes dans le système général de dépendance qu'instaure la Constitution dans le but de démontrer la « neutralité » du Président. Car il est évident tout d'abord que l'on ne voit pas pourquoi l'équilibre des compétences constitutionnelles rend le Président davantage indépendant que

---

[331] Schmitt, 1931, p. 159.
[332] Schmitt, 1931, p. 159.
[333] Schmitt, 1931, p. 156.
[334] Schmitt, 1931, p. 139.
[335] La « neutralité comme expression de l'unité et de l'ensemble qui contient les groupes opposés » est l'une des définitions retenues par Schmitt de la neutralité. *Cf.* Schmitt (1931), 29009, p. 164.
[336] Schmitt, 1931, p. 139.

n'importe laquelle des autres compétences constitutionnelles. En particulier, et comme le souligne Kelsen, il « n'y a pas de raisons suffisantes pour considérer que l'indépendance du Chef de l'Etat est plus forte ou plus certaine que celle du juge et du fonctionnaire »[337]. Ensuite, il existe une évidente contradiction entre l'affirmation d'après laquelle le Président constitue un contrepoids politique à l'égard du Reichstag[338], et celle qui veut que le Président soit une instance neutre, à côté des autres compétences constitutionnelles. Enfin, il est évident que l'indépendance du Président à l'égard des partis laisse plus que dubitatif dans une République démocratique. Au final, il semble bien plutôt que toute l'argumentation un peu bancale du juriste repose sur la thèse d'après laquelle le Président est susceptible d'incarner la volonté politique de l'ensemble du peuple allemand et d'agir en garant de l'unité constitutionnelle du peuple allemand contre le pluralisme[339] – en particulier contre le pluralisme parlementaire :

> « La référence à la totalité d'une unité politique contient toujours une opposition à l'égard des groupements pluralistes de la vie économique et sociale *et doit conduire à une suprématie sur de tels groupements.* »[340]

La thèse s'inscrit dans le strict prolongement de la théorie substantialiste de la démocratie schmittienne, qui a conduit à aspirer l'expression de la volonté populaire dans celle du Président qui, en vertu des miracles du système plébiscitaire, devient l'incarnation immédiate de l'unité du peuple, et exclut que l'on puisse penser que le Président lui-même puisse violer la Constitution[341].

Ainsi, la consistance de la théorie du gardien de la Constitution procède davantage des écrits antérieurs du juriste portant notamment sur la conception positive de la Constitution ainsi que sur la démocratie plébiscitaire, que des développements de l'ouvrage de 1931 qui se révèlent saturés de tensions sinon de contradictions internes. Ce qui conduit d'ailleurs Armel Le Divellec à défendre le caractère largement contextuel d'une telle théorie, dont le

[337] Kelsen ajoute même un peu plus loin que « par son éthique professionnelle, le juge est déjà incité à la neutralité. » : Kelsen (1931), 2006, p. 107.
[338] Schmitt, 1931, p. 138.
[339] Une incarnation de la volonté du peuple dont Kelsen ne manque pas de souligner le caractère idéologique : « Toutefois, c'est confondre l'idéologie avec la réalité, lorsque l'on voit – comme C. Schmitt le fait en lien avec la doctrine de la monarchie constitutionnelle – dans l'institution du Chef de l'Etat non seulement le postulat du symbole éthico-politique d'une unité étatique postulée, mais le produit ou le producteur d'une unité réelle, dans le sens d'une unité effective. » : Kelsen (1931), 2006, p. 105. *Cf.* également Caldwell, 1997, p. 115.
[340] Schmitt, 1931, p. 158.
[341] Caldwell, 1997, p. 117.

« propos était profondément une thèse de politique constitutionnelle qui appuyait un courant doctrinal et politique déjà existant en faveur d'un leadership présidentiel et d'une départementalisation – par le jeu de l'interprétation – de la Constitution de Weimar »[342]. Une thèse à laquelle nous souscrivons pleinement, dans la mesure néanmoins où l'on souligne l'importance de l'objectif stratégique poursuivi par le juriste, et qui concerne la possibilité même d'une justice constitutionnelle et ce qu'elle engage.

Si Schmitt se penche sur la question de la justice constitutionnelle, c'est parce qu'une telle question lui permet d'atteindre un double objectif. D'un côté, ainsi que nous l'avons vu, le juriste met en garde les conservateurs libéraux contre l'idée d'après laquelle l'instauration d'une justice constitutionnelle pourrait constituer un gardien adéquat contre le parlementarisme et l'Etat de partis. La *Théorie de la Constitution* faisait pourtant encore de la « *juridictionnalité* générale de l'ensemble de la vie » « l'idéal complet de l'Etat de droit bourgeois »[343]. Mais le juriste veut montrer qu'une telle juridictionnalité est désormais compromise par le pluralisme politique. Une analyse qui s'inscrit selon nous dans une critique *interne* du libéralisme, sous la forme d'un avertissement à l'encontre d'une instrumentalisation de l'Etat par des groupes non libéraux, ainsi que d'un appel à préserver l'« autonomie » de l'Etat contre la politisation de la société et l'extension de ses missions vers une politique de redistribution économique. Et, sous cet angle, il est clair que le juriste invite les libéraux conservateurs à penser la compatibilité d'un gardien de la Constitution avec les valeurs du libéralisme. Car, en ne cessant d'appeler les libéraux à prendre conscience du caractère suicidaire d'une politique de neutralité ainsi que de la fragilité d'une défense de la démocratie libérale par des moyens judiciaires ordinaires, Schmitt esquisse bien le principe d'une « démocratie (libérale) militante », dont Karl Loewenstein et Carl J. Friedrich[344] et bien d'autres auteurs libéraux après eux[345], tireront les conséquences[346].

---

342 Et un peu plus haut : « Carl Schmitt n'a, en somme, pas tant voulu développer une véritable "théorie" constitutionnelle positive du gardien de la Constitution que formuler une façon de légitimer un rôle déterminant de la présidence du Reich allemand dans le contexte de l'époque. Ce projet se suffisait à lui-même, mais il était au surplus au service d'un objectif plus étendu, à savoir l'avènement d'une sorte de pouvoir d'Etat capable de transcender les divisions politiques, économiques, et sociales de l'Allemagne (…). » : Le Divellec, 2007, p. 70.

343 Schmitt (1928), 1993, p. 271

344 Dans un article très nuancé consacré à l'évolution de la théorie de Friedrich sur la question de la dictature constitutionnelle, Michel Senellart a bien établi comment, à la suite du ralliement de Schmitt au national-socialisme, Friedrich substitue à sa théorie de la dictature, issue du modèle schmittien de la dictature de commissaire, une théorie de la raison d'Etat constitutionnelle. Selon Friedrich, les deux formes de pouvoirs exceptionnels se distinguent radicalement par leur finalité car, tandis que la dictature de commissaire a été conçue, d'un point de vue historique, dans l'objectif de renverser l'ordre constitutionnel au profit de l'absolutisme, en revanche, la raison d'Etat constitutionnelle a précisément pour finalité de sauvegarder l'Etat

De l'autre côté, la question de la justice constitutionnelle permet au juriste de récupérer l'idée d'une défense de la Constitution en radicalisant et en dramatisant ses enjeux à la lumière de la situation politique de l'époque. L'objectif d'une telle stratégie consistant d'abord, de manière contextuelle, à dénoncer la « dissolution » pluraliste du système constitutionnel dans le but de soutenir la présidentialisation du régime. Mais ensuite, d'un point de vue théorique plus large, Schmitt combat une fois de plus une certaine idée de la démocratie[347] dont la notion de « pluralisme » masque partiellement le sens exact. Car, ce qui pose problème pour le juriste, c'est toujours le fait que les groupes sociaux organisés puissent prétendre agir directement en tant que groupes sociaux dispersés sur la volonté étatique. Cette lecture nous conduit à nuancer la thèse défendue par P. Caldwell[348], d'après lequel la théorie du gardien de la Constitution vise en quelque sorte à maintenir le pouvoir constituant du peuple en amont de la Constitution. Car, si Schmitt défend, avec sa définition de la Constitution positive, le principe d'un pouvoir constituant du peuple, c'est toujours *contre* toute intervention politique du « peuple » dans la sphère publique[349],

---

constitutionnel. Elle émerge, poursuit Friedrich, lorsqu'existe un conflit entre des normes éthiques et la nécessité de sauver l'Etat constitutionnel lui-même. C'est pourquoi elle engage la « compatibilité de la *ratio status*, non plus seulement avec les seules normes de l'éthique religieuse, mais avec les fins mêmes de la communauté politique en tant que communauté "symbiotique" de citoyens, fondée sur la raison et la justice. » : (Senellart, 2010, p. 20). Une conception de la raison d'Etat qui implique de prendre des « risques calculés » pour sauver la liberté, suivant une exigence de responsabilité des dirigeants politiques. Mais, par cette conception de la raison d'Etat qui proportionne les moyens de la défense de l'Etat constitutionnel démocratique aux valeurs de la communauté politique, Friedrich n'est pas sans répondre à l'invitation de Schmitt selon nous. Car, au moins à partir de 1928, Schmitt ne cesse d'exhorter les libéraux à défendre *les valeurs et les principes de la démocratie libérale* contre ses ennemis en sortant d'une neutralité suicidaire. *Cf.* Senellart, 2010 ; Friedrich, 1930 ; Friedrich, 1933 ; Friedrich, 1950; Friedrich, 1957.

[345] « Using Schmitt against himself, the refreshingly technical quality of classical dictatorship should be brought to bear in considerations on modern emergency powers and not the substantively existential quality of sovereign dictatorship. » : McCormick, 1998, p. 239.

[346] *Cf.* Augustin Simard, « L'échec de la Constitution de Weimar et les origines de la "démocratie militante" en RFA. », in *Jus politicum*. http://www.juspoliticum.com/L-echec-de-la-Constitution-de,29.html

[347] C'est pourquoi nous sommes pleinement d'accord avec la thèse défendue par R. Cristi, pour lequel « le travail intellectuel de Schmitt de l'époque weimarienne avait pour cible principale la démocratie, et non le libéralisme. » : Cristi, 1993, p. 24. Et effectivement, le juriste modifie sa stratégie à l'égard du libéralisme, en utilisant progressivement le libéralisme contre la démocratie (Cristi, 1993, p. 44). En revanche, il nous semble d'une part que Schmitt ne modifie pas sa position en 1923, mais plutôt en 1928, avec la *Théorie de la Constitution*. Ensuite, et surtout, Schmitt distingue deux formes du libéralisme, précisément en raison de leur caractère plus ou moins « démocratique » : un libéralisme conservateur, qui défend des valeurs et des principes rigides, ceux de l'Etat de droit bourgeois, et un libéralisme procédural ou fonctionnaliste, qui ouvre l'interprétation des principes qui fondent la Constitution à la délibération publique.

[348] P. Caldwell clôt le chapitre qu'il consacre à la question du gardien de la Constitution par la thèse d'après laquelle la théorie schmittienne se construit autour du paradoxe inhérent à la démocratie constitutionnelle même, d'après lequel le peuple souverain apparaît comme créé par la Constitution elle-même. À ce paradoxe, Schmitt aurait opposé au contraire l'immédiate présence du peuple souverain. Dans ce cadre, la question du gardien de la Constitution viserait, semble-t-il, à préserver l'unité substantielle du peuple constituant au fondement même de la démocratie constitutionnelle. *Cf.* Caldwell, 1997, p. 116.

[349] En ce sens, nous admettrions plus volontiers la lecture proposée par R. Baumert, pour lequel cette défense du pouvoir constituant finit par faire jouer la souveraineté du peuple contre la démocratie : « Schmitt passe d'une défense de la Constitution comme décision à la défense de l'unité du peuple. Non seulement les lois

qu'elle soit institutionnalisée par le biais de la justice, de l'organisation politique partisane, voire même du vote, et, en dernière instance, sous une forme d'une intervention immédiate auto-affirmant son caractère politique[350]. L'idée d'une instrumentalisation de l'Etat par les forces sociales prolonge donc selon nous la critique de *la démocratie immanente, au sens où ce que rejette radicalement Schmitt est toujours l'idée que la société puisse prétendre intervenir immédiatement dans le politique, ou, plus exactement, que l'action sociale puisse être immédiatement politique*[351]. Le danger étant toujours, pour Schmitt, de mettre en péril l'unité politique et, potentiellemenÀt, de conduire à la guerre civile.

constitutionnelles sont secondaires par rapport aux décisions fondamentales de la Constitution, mais ces décisions sont elles-mêmes secondaires au vu de ce bien suprême qu'est l'unité du peuple. (…) Ce que défend le gardien de la Constitution, c'est donc le peuple comme pouvoir constituant et non comme pouvoir constitué. Étant donné la spoliation dont le peuple est victime, il faut ajouter – avec Olivier Lepsius – que Schmitt croit nécessaire de sacrifier le second au premier, qu'il joue en quelque sorte "la souveraineté populaire contre le principe démocratique". » : Baumert, 2009a, p. 505.

[350] Nous revenons sur cette question pas la suite.

[351] C'est pourquoi Kelsen est l'une des principales cibles du juriste. Car, en dépit du caractère rigoureusement juridique et technique de ses analyses, Kelsen défend bien une forme de démocratie immanente, certes non anarchique, mais très certainement symptomatique au regard du juriste de l'essor du pluralisme, et plus généralement de revendications politiques allant dans le sens d'une conception immanente de la démocratie.

Chapitre 3

Le pluralisme démocratique dans la théorie schmittienne, et la menace de la guerre civile : l'état d'exception contre la démocratie

I. Pluralisme et démocratie : la question du monopole du politique

La question du pluralisme est au cœur de la théorie schmittienne à partir de la fin des années 1920. Elle est évidemment d'abord liée au contexte politique de l'époque, et en particulier à la chute de la grande coalition du gouvernement Müller, qui marque la fin des gouvernements majoritaires de coalition. Mais elle prolonge ensuite une réflexion entamée par le juriste dès *Théologie politique*, et qui porte sur la possibilité de l'unité étatique avec l'avènement de la république démocratique. La démocratie, nous l'avions vu, se fondait alors sur une conception générale du monde, c'est-à-dire sur un système de croyances qui repose sur un principe anthropologique axiomatique d'une part, celui de la bonté de l'homme, et une thèse métaphysique d'autre part, qui concerne l'auto-organisation des rapports sociaux – que cette auto-organisation soit naturelle, comme chez les anarchistes, ou qu'elle soit rationnelle, comme dans le rationalisme libéral de Kelsen. À cette conception immanente, Schmitt oppose dès 1923 une théorie substantielle et autoritaire de la démocratie, qui lui permet de défendre l'unité du peuple tout en résorbant la volonté populaire dans celle des gouvernants – auxquels le peuple s'identifie essentiellement au moyen du plébiscite. Nous voudrions montrer dans ce qui suit que la réflexion menée par le juriste sur le pluralisme s'inscrit dans la continuité d'une telle démarche, qui vise à contrer la division du corps politique engendrée par la démocratisation du régime et de la société ; elle témoigne néanmoins d'une certaine radicalisation de la théorie schmittienne à l'égard des risques de la démocratie – lorsque celle-ci n'est pas fondée sur une homogénéité politique.

A. Le pluralisme politique comme dissolution de l'unité étatique

La notion de pluralisme[1] chez Schmitt fait explicitement écho à la théorie pluraliste de George D.H. Cole et Harold Laski, dont Schmitt récapitule les principes :

> « Leur pluralisme consiste à nier l'unité souveraine de l'Etat, c'est-à-dire l'unité politique, et à souligner sans relâche que l'individu vit inséré au plan social dans de nombreuses relations, de nombreux groupes différents : il est membre d'une société religieuse, d'une nation, d'un syndicat, d'une famille, d'un club sportif et de nombre d'autres associations qui exercent sur lui une influence plus ou moins forte selon le cas et qui l'engagent dans une "pluralité d'engagement et de loyalismes", sans que l'on puisse dire de l'une de ces associations qu'elle détient la prédominance et la souveraineté absolue. »[2]

Le point déterminant d'une telle théorie consiste dans le fait qu'elle conduise à mettre sur le même plan l'Etat et l'ensemble des associations qui lient l'individu par une pluralité d'engagements[3]. Plus exactement, elle fait de l'Etat lui-même un type spécifique d'*association* en concurrence avec d'autres formes d'association. Sans surprise, Schmitt souligne qu'une telle théorie ne permet pas de comprendre en quoi consiste le caractère spécifiquement *politique* de l'association étatique :

> « Or, il conviendrait avant toutes choses d'expliquer pour quelles raisons les hommes constituent encore, outre les associations religieuses, culturelles, économiques ou autres, une *governmental association* et de dire en quoi consiste la signification spécifiquement politique de ce dernier type d'association. »[4]

Ainsi, la théorie pluraliste ne distingue pas le lien politique des autres formes de liens sociaux, et l'on ne peut, par suite, être assuré sur la nature même de l'« association gouvernementale », dont on ne sait si elle est une association parmi d'autres, le « produit de la fédération des groupes sociaux » ou « une super société coiffant l'ensemble des

---

[1] La question du pluralisme focalise l'attention du juriste à partir de la fin des années 20, où il fait l'objet de plusieurs études, notamment au sein du *Gardien de la Constitution* qui lui consacre un chapitre entier aux côtés de la polycratie et du fédéralisme. *Cf.* également Schmitt (1930), 1988 ; Schmitt (1931), 1988 et Schmitt, (1932), 1992.

[2] Schmitt (1932), 1992, p. 80.

[3] Pour H. Laski : « If the State is but one of the groups to which the individual belongs, there is no thought of unity in his allegiance. The answer to that is the sufficiently simple answer that our allegiance is not a fact unified. » : Laski, 1918, p. 11.

[4] Schmitt (1932), 1992, p. 83.

associations »[5]. En se plaçant dans une perspective libérale, elle se contente seulement de « jouer une association contre l'autre »[6], dans l'objectif de préserver les libertés de l'individu à l'encontre de la puissance étatique. En ce sens, la théorie pluraliste traduit d'abord une volonté toute libérale de favoriser la pluralité des formations et des groupes sociaux dans l'objectif de limiter la puissance de l'Etat en la relativisant. Cet effort de relativisation, qui procède très généralement d'un processus plus large de neutralisation et de dépolitisation[7], s'accomplit par une survalorisation des domaines non politiques, en particulier de l'économie et de l'éthique :

> « On remarquera que ces concepts libéraux se meuvent tous de façon fort caractéristique entre l'éthique (l'esprit) et l'économique (les affaires) et que, émanant de ces pôles opposés, ils tendent à annihiler le politique, domaine de la violence et de l'esprit de conquête ; le levier utilisé est le concept d'Etat de droit (c'est-à-dire de droit privé), et le centre de la sphère est occupé par le concept de propriété privée dont les pôles, l'éthique et l'économique, ne sont que les émanations antinomiques. »[8]

L'économie est effectivement conçue comme un domaine où l'organisation des rapports sociaux est dépolitisée, c'est-à-dire qu'elle est supposée régulée par ses propres lois, qui ne nécessitent plus l'intervention de l'Etat. De l'autre côté, l'éthique permet de « soumettre l'Etat et la politique à une morale individualiste et donc de droit privé »[9]. Ces deux domaines s'étant ensuite liés dans la religion du progrès, qui voit dans le développement

---

[5] Schmitt (1932), 1992, p. 83.
[6] Schmitt (1932), 1992, p. 83.
[7] Le juriste inscrit l'effort de dépolitisation caractéristique du libéralisme dans le cadre d'un processus plus large de neutralisation qui engage une véritable théorie de l'histoire, laquelle s'inscrit à l'évidence dans le prolongement des grandes conceptions du monde dégagées dans *Théologie politique*. Elle se développe en quatre grandes étapes de siècle en siècle, qui correspondent chacune à la domination d'un secteur spécifique dans la vie intellectuelle et la « pensée de l'élite active ». Elle mène de la domination de la théologie, vers la métaphysique, puis vers la morale humanitaire, et enfin vers l'économie. Parce qu'une telle évolution correspond à un changement des centres d'intérêts intellectuels, elle ne peut être saisie en termes de progrès. Elle signifie seulement qu'un secteur dominant constitue le terrain de tous les affrontements et, par suite, nous le verrons, le cœur du politique à une époque donnée. C'est pourquoi, dès « qu'un secteur prend une position centrale, les problèmes des autres secteurs sont résolus à partir de ce centre et tombent au rang de problèmes de second ordre. » : Schmitt (1929), 1992, p. 138. Mais si l'évolution d'un secteur dominant vers un autre secteur engendre nécessairement la neutralisation du premier, le passage de la théologie chrétienne vers la métaphysique rationaliste, qui fait suite aux violentes querelles religieuses du siècle précédent, procède en soi de la recherche d'une sphère neutre. C'est pourquoi cette transformation n'impose pas seulement la modification du secteur dominant, mais elle engage beaucoup plus essentiellement la suite de l'évolution des différents secteurs, en faisant en quelque sorte de la recherche d'un secteur neutre le moteur de l'histoire. L'effort de dépolitisation et de neutralisation mené par le libéralisme est clairement réinscrit par le juriste dans le cadre d'une telle évolution. *Cf.* Schmitt (1929), 1992. *Cf.* également Kervégan, 1992, pp. 104 et ss.
[8] Schmitt (1932), 1992, p. 116
[9] Schmitt (1932), 1992, p. 117.

économique un facteur de paix ainsi que le soutien d'une morale universaliste. L'essentiel consistant bien dans le fait que le libéralisme reconduise les principes d'une organisation immanente de l'ordre social, où les lois naturelles de l'économie, d'une part, et la soumission de l'individu à une morale privée, d'autre part, tiennent lieu de métaphysique et d'axiomatique anthropologique[10].

Mais Schmitt conteste qu'un tel effort de dépolitisation et de neutralisation des relations sociales soit possible. Ce que confirme, avant toute analyse plus approfondie, le fait que la domination du secteur économique ait seulement contribué à politiser l'économie :

> « C'est cette observation qui a donné lieu au mot bien souvent cité de Walter Rathenau disant que notre destin aujourd'hui n'est pas dans la politique mais dans l'économie. Il serait plus juste de dire que ce destin demeure politique comme devant et qu'il s'est simplement produit ceci que l'économie est devenue un phénomène politique et, partant, destin. »[11]

Cette politisation est manifeste, pour Schmitt, dans l'idée même de « puissances économiques » et c'est le poids de ces dernières dans la relativisation de la puissance étatique que la polycratie permet de désigner. C'est pourquoi aussi le libéralisme a favorisé l'essor d'un pluralisme *politique*.

Le pluralisme, compris cette fois comme *phénomène historique*, et non comme théorie d'essence libérale, désigne une évolution politique majeure de l'époque contemporaine, qui déborde très largement le pluralisme des partis. Il consiste dans la formation de divers groupements sociaux qui investissent l'Etat dans l'objectif d'utiliser les instruments offerts par la puissance publique[12] pour atteindre leurs finalités économiques et sociales *particulières* ou privées :

> « Le pluralisme, en revanche, signifie une variété de complexes sociaux de pouvoir, fermement organisés, qui s'étendent au domaine entier de l'Etat, c'est-à-dire aussi bien aux divers secteurs de la vie politique qu'à l'ensemble des Länder et aux municipalités et entités locales supérieures, complexes qui, en tant que tels prennent appui sur les organismes représentatifs de l'Etat, sans cesser pour cela de demeurer des structures purement sociales (c'est-à-dire non politiques). »[13]

---

[10] Schmitt (1932), 1992, p. 104.
[11] Schmitt (1932), 1992, p. 125.
[12] Soulignons ainsi que, pour Laski, la loi elle-même n'est pas un commandement, mais une « règle de convenance ». Laski, 1918, p. 13.
[13] Schmitt (1931), 2009, p. 128. Nous traduisons. Le terme « polycratie » est un néologisme forgé par le secrétaire d'Etat et expert en finances publiques Johannes Popitz, avec lequel Schmitt est demeuré lié jusqu'à l'exécution de celui-ci pour sa participation au complot de février 1945 contre Hitler. *Cf.* Simard, 2009, p. 213.

Une telle définition possède deux volets principaux : d'une part, et comme le souligne Schmitt lui-même, il s'agit d'une définition *politique* du pluralisme. Ainsi, le juriste met en garde contre la confusion qui règne sur le terme de pluralisme, car l'« unité de l'Etat a toujours été une unité faite de multiplicité sociale » : « pluralisme des races et des peuples, des religions et des cultures, des langues et des systèmes juridiques »[14]. Il ne s'agit donc pas, poursuit Schmitt, de nier le pluralisme objectif, mais de prendre conscience de la naissance d'une pluralité de groupes sociaux organisés qui pèsent sur la formation de la volonté politique de l'Etat. D'autre part, le pluralisme contient dans sa définition même l'idée qu'une telle politisation des groupes sociaux se réalise à des *fins privées,* et donc au détriment des fins communes, en abolissant l'« éthique de l'Etat »[15]. Comme le remarque Renaud Baumert, une telle définition du pluralisme suppose d'accepter « que ce n'est pas le peuple qui s'est emparé de l'Etat par le biais du Parlement, mais des groupes d'intérêts dont l'illégitimité est perpétuellement rappelée » [16]. Mais précisément, pour Schmitt, le pluralisme est d'abord le fruit d'une « politique négative »[17] libérale, qui conduit nécessairement à river les groupes à leurs intérêts égoïstes. C'est pourquoi, dans *le Gardien de la Constitution*, le juriste l'associe à la polycratie, qui désigne la formation d'une pluralité de « titulaires, juridiquement autonomes, de l'économie publique, dans l'indépendance desquels la volonté politique trouve une limitation »[18]. Dans ce cadre, il est bien souvent admis que la *Notion de politique*, ainsi que la distinction de l'ami et de l'ennemi qu'elle développe, vise d'abord le libéralisme. A l'encontre de l'effort systématique du libéralisme qui prétend dépolitiser les relations sociales en dégageant un terrain politiquement neutre, Schmitt aurait construit un critère du politique visant à démontrer les limites d'une telle politique négative, ainsi qu'à dénoncer derrière ses maximes universalistes le masque d'une politique d'hégémonie.

Dans ses « Remarques sur *la Notion de politique* de Carl Schmitt », Léo Strauss souligne les tensions de la critique menée par le juriste contre le libéralisme. Selon Strauss, bien que Schmitt fasse du libéralisme son véritable ennemi intellectuel[19], en raison du caractère

---

[14] Schmitt (1930), 1988, p.144.
[15] Schmitt (1930), 1988.
[16] Baumert, 2009a, p. 490.
[17] « Il s'ensuit qu'il existe une politique libérale sous forme d'opposition polémique visant les restrictions de la liberté individuelle par l'Etat, par l'Eglise ou par d'autres, sous forme de politiques commerciales, de politiques scolaires et des cultes, ou de la culture, mais qu'il n'y a pas de politique libérale *sui generis*, il n'y a qu'une critique libérale de la politique. » : Schmitt (1932), 1992, p. 115.
[18] Schmitt (1931), 2009, p. 128.
[19] Strauss, 1988 (1932), p. 190.

foncièrement apolitique ou antipolitique de ce dernier, il demeure pourtant dans l'horizon du libéralisme. La lutte du libéralisme contre la politique s'est effectivement réalisée grâce à la revendication de l'autonomie des domaines de la culture, de l'esthétique et de l'économie à l'égard du domaine politique. À l'encontre d'une telle démarche, Schmitt réaffirme le primat du politique sur toutes choses en faisant de la possibilité de provoquer la mort physique l'élément distinctif du politique, qui, parce qu'une telle possibilité demeure *toujours* injustifiable, manifeste le caractère à la fois existentiel et indépassable de la politique[20]. Mais, par son affirmation du primat du politique sur la morale, Schmitt adopte une position de neutralité à l'égard de toute valeur[21] ; en d'autres termes, non sans proximité avec la critique que Karl Löwith développera quelques années plus tard, Strauss montre que la préservation du politique se produit au prix d'une indifférence à l'égard des valeurs qui déterminent l'action politique[22]. Mais, dès lors, parce qu'il maintient la séparation du domaine politique dans la neutralité à l'égard de tous les autres domaines de l'action humaine, et tout particulièrement de celui de la morale, Schmitt reste encore prisonnier du schéma de pensée libéral selon Strauss[23]. En réduisant la politique à la possibilité de provoquer la mort *contre* le divertissement libéral, Schmitt aurait en fait échoué à penser le rapport du politique avec des valeurs, et se serait installé bien malgré lui dans une pure et simple opposition avec le libéralisme.

Une telle analyse pointe effectivement l'un des éléments centraux de l'argumentation du juriste, qui concerne l'importance qu'il accorde au maintien d'une forme de neutralité du politique à l'égard des autres champs de l'activité sociale[24]. Pour Strauss, elle témoigne en fin de compte de l'échec de Schmitt à sortir de l'horizon du libéralisme. Mais la question de savoir si Schmitt voulait précisément « sortir de l'horizon du libéralisme », c'est-à-dire si le libéralisme constituait bien son principal ennemi mérite cependant un nouvel examen. Car, comme le souligne Schmitt lui-même, le libéralisme n'est pas sans postuler une

[20] Strauss, 1988 (1932), p. 200. Nous revenons sur cette analyse un peu plus loin.
[21] Strauss, 1988 (1932), p. 200.
[22] « Cette *indifférence* radicale à l'égard de tout *contenu* politique de la décision, purement formelle, qui a pour conséquence l'indifférence réciproque des contenus les uns envers les autres, caractérise le concept politico-existentiel fondamental de la guerre selon Schmitt comme point culminant de la Grande politique. » Pour K. Löwith, le décisionnisme schmittien s'achève par suite en un occasionnalisme, car, la décision politique ne reçoit en dernier lieu son contenu que de l'*occasio* de la situation donnée. Löwith (1935), 1991, p. 30.
[23] Strauss, 1988 (1932), 1988, p. 214.
[24] H. Meier a montré que l'analyse schmittienne intègre les objections de Strauss dans la nouvelle publication de la *Notion de politique* en 1932, en substituant la notion de « domaine » par celle « d'intensité ». Ce qui témoigne très certainement d'un effort visant à distinguer le mode de l'autonomie spécifiquement politique de la neutralité libérale, mais n'invalide pas que l'effort consistant à maintenir l'autonomie du politique à l'égard du champ social demeure le principal objectif de Schmitt. *Cf.* Meier, 1990.

certaine séparation de l'Etat et de la société, et, plus généralement une certaine autonomie du politique à l'égard de la société. Et le juriste soutient les éléments caractéristiques d'une politique libérale conservatrice « forte », très justement qualifiée par Hermann Heller de « libéralisme autoritaire »[25], qui refuse à la fois toute politique interventionniste, notamment sous la forme d'une redistribution en matière économique, et défend le maintien plus général d'une neutralité politique à l'égard des différentes sphères sociales (culture, éducation, religion)[26]. De telle sorte que c'est moins la neutralité libérale en tant que telle qui pose problème, dans la présente analyse, que l'évolution pluraliste qu'elle aura permise. Ce qui nous conduit à soutenir l'hypothèse d'après laquelle, une fois encore, la critique antilibérale de Schmitt est soumise à une autre cible, qui s'éclaire dans sa mise en garde à l'égard de la *confusion de la société et de l'Etat, que le libéralisme favorise inconsidérément*[27].

L'Etat parlementaire libéral est, de sa nature propre, un Etat neutre, qui voit dans l'équilibre des partis et des groupes sociaux un facteur de pacification sociale. S'il favorise donc l'essor du pluralisme politique, non sans participer à la transformation de l'Etat en une forme d'une instance arbitrale destinée à réguler les « contrats » et les « compromis » que les groupes sociaux organisés passent entre eux[28], il adopte néanmoins une position de médiateur. C'est pourquoi, au XIXe siècle encore, il est aussi, selon Schmitt, un Etat minimum, qui cherche à laisser les divers domaines sociaux (la religion, la culture, l'éduction, et surtout l'économie), dans une relative neutralité, « au sens où ce mot signifie

---

[25] « On peut sans trop de témérité décrire le contenu du libéralisme autoritaire par cette formule : le retrait de l'Etat "autoritaire" hors de la politique sociale, la désétatisation de l'économie et l'étatisation dictatoriale des fonctions politico-idéologiques. Un tel Etat se doit d'être "autoritaire" et fort car, comme l'assure Schmitt (…), lui seul peut desserrer les liens "excessifs" entre l'Etat et l'économie. Cela va de soi ! Car dans un cadre démocratique, le peuple allemand ne supporterait pas longtemps ce néo-libéralisme. » : H. Heller, « Autoritärer Liberalismus ? » (1933), in *Gesammelte Schriften*, vol. 3, *op. cit*., p. 652. Cité dans Simard, 2009, p. 220.

[26] Une position politique conservatrice parfaitement identifiée par J. Freund : « C'est pourquoi je ne puis partager l'avis de certains adversaires de Schmitt, qui veulent en faire un apologiste de l'Etat, en ce sens qu'il aurait été partisan de la formule : toujours plus d'Etat. Sa position me semble avoir été celle d'un défenseur d'un Etat politiquement fort, accomplissant ses tâches d'Etat, qui ne disperserait pas son crédit dans les activités non politiques. » : Freund, 1987, p. 12. Notons par ailleurs qu'E.-W. Böckenförde fait de la théorie schmittienne des droits fondamentaux développée dans la *Théorie de la Constitution* et dans *Légalité et Légitimité* l'un des aspects de cette séparation de l'Etat et de la société : « First, basic liberties constituting an autonomous real not regulated by the state belong only to the private, unpolitical sphere. Their spilling over into the political sphere must be rejected in order to avoid the decomposition of the political sphere, a decomposition by which state organs would become instruments of private and societal self-manifestation. »: Böckenförde, 1998, p. 46. Une interprétation à laquelle nous adhérons pleinement, mais qui confirme selon nous le caractère interne de la critique du libéralisme par Schmitt, dont la teneur est très conservatrice.

[27] Il faut souligner d'ailleurs que *la Notion de politique* a d'abord fait l'objet d'une présentation orale de Schmitt le 10 mai 1927, au sein d'un cycle de conférences ayant trait aux problèmes de la *démocratie*, organisé par la *Berliner Hoechschule für Politik*. *Cf.* Baume, 2008, p. 59.

[28] Schmitt (1932), 1990, p. 72.

qu'ils sont sans lien avec l'Etat et avec la politique »[29]. Par cette orientation politique, il permet encore de relativiser les conflits sociaux et donc de garantir le maintien de l'unité politique. Mais l'Etat libéral n'a pu rester neutre qu'aussi longtemps qu'il est resté suffisamment *fort*[30] pour maintenir une claire distinction entre l'Etat et la société :

> « L'Etat était assez fort pour se poser dans son autonomie face aux autres forces sociales, et ainsi définir à partir de lui les divers groupements, de sorte que les nombreuses disparités au sein de la société "libérée de l'Etat" – oppositions économiques, culturelles, confessionnelles – sont relativisées à partir de lui, et éventuellement à travers l'opposition commune contre lui, sans empêcher leur rassemblement pour faire une "société". »[31]

On ne saurait mieux dire, sinon que l'évolution pluraliste de l'Etat n'est demeurée compatible avec le maintien d'une structure duale distinguant clairement l'Etat et la société que dans les monarchies constitutionnelles du XIXe[32], c'est-à-dire tant que l'Etat monarchique se fondait encore sur un équilibre entre un Etat gouvernemental et un Etat législateur[33]. En revanche, avec l'avènement de la république *démocratique*[34], qui conduit à l'intégration de classes sociales auparavant écartées de l'activité politique qui portent leurs revendications socio-économiques à l'intérieur du Parlement, l'Etat neutre s'est transformé peu à peu en un Etat total[35].

L'Etat total, en un premier sens quantitatif[36], désigne d'abord l'interpénétration des deux sphères de la société et de l'Etat :

---

[29] Schmitt (1932) 1992, p. 59.

[30] « La plupart des projets et des revendications de dépolitisation oublient la simple vérité que, pour obtenir la neutralité au sens d'une objectivité indépendante, il faut avoir une force et une énergie particulière qui soient en mesure de résister aux puissants groupements et intérêts. » : Schmitt, « Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates » (1930), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze* (1958), Duncker und Humblot, 1985, p. 57. Cité dans Beaud, 1997, p. 58.

[31] Schmitt (1931), 1988, p. 153.

[32] Schmitt (1931), 1988, p. 153.

[33] Schmitt (1931), 2009, p. 134.

[34] Schmitt (1932) 1992, p. 61.

[35] Et il est clair pour Schmitt que la Constitution de Weimar elle-même marque en quelque sorte l'acte de naissance de l'Etat total, en ce qu'elle peut être conçue comme le fruit d'une politique de compromis pluraliste entre groupes sociaux.

[36] La notion d'Etat total fait l'objet de deux sens distincts, dont l'un recouvre l'interpénétration de la société et de l'Etat sous la montée du pluralisme, et l'autre le principe d'un Etat fort susceptible de mettre un terme à ce processus en assumant la véritable décision politique qui porte sur la distinction entre l'ami et l'ennemi. Le premier sens de la notion fait l'objet d'un très important article publié en 1931, « Le virage vers l'Etat total ». Dans deux conférences de 1932, Schmitt introduit en revanche une distinction entre l'Etat total fort et l'Etat total faible. Ces deux conférences prononcées en 1932 ont ensuite fait l'objet d'un article publié en 1933, avec des modifications, « Weiterentwicklung des totalen Staates in Deutschland », in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, p. 359 et ss. et *in Positionen und Begriffe*, p. 185 et ss. *Cf.* Beaud, 1997, pp. 59 à 72.

> « Si la société s'organise pour devenir l'Etat, si l'Etat et la société sont censés être fondamentalement identiques, alors tous les problèmes sociaux et économiques deviennent des problèmes immédiatement étatiques, et il est impossible alors de distinguer entre des secteurs objectifs de nature politique et étatique, et des secteurs sociaux échappant à la politique. »[37]

Ce qui signifie, d'une part, qu'il n'existe plus de question qui ne soit politique, ou qui puisse potentiellement l'être ; d'autre part, que le champ d'intervention étatique s'élargit, au sens où l'Etat intervient dans des sphères traditionnellement laissées – ou supposément laissées – hors de son action, en particulier par le biais des questions économiques[38] : l'Etat neutre cède la place à l'Etat social ou à l'Etat providence[39]. Une telle extension du champ d'intervention de l'action étatique, notamment dans la sphère économique, est la source du développement de l'Etat administratif, pour Schmitt. Mais, comme en témoigne sa volonté d'user d'un pouvoir exécutif fort pour rétablir l'autonomie de l'Etat, c'est moins la transformation de l'Etat législateur en un Etat administratif qui pose problème aux yeux du juriste, que les conséquences même de la confusion de la société et de l'Etat, qui, parce qu'elle engendre une politisation de tous les secteurs et acteurs de la vie sociale, menace de briser l'unité étatique[40]. Et le fait que les critiques qui sont portées à l'encontre de

---

[37] Schmitt (1931), 1988, p. 161.
[38] Schmitt (1932), 1992, p. 63.
[39] A ces deux éléments articulés, il faut ajouter le fait que l'Etat total, parce qu'il implique l'extension du pouvoir de l'Etat sur l'ensemble des aspects de la vie humaine, désigne également pour Schmitt l'amplification extraordinaire des moyens de puissances, notamment techniques, dont l'Etat peut désormais disposer.
[40] C'est pourquoi l'Etat total qualitatif, ou l'Etat fort que le juriste oppose à « l'Etat total par faiblesse », issu de l'immixtion du pluralisme partisan, doit également être compris comme un « remède » au pluralisme qui menace de diviser la société, et non comme un moyen de contrer l'avènement d'un possible Etat administratif. En effet, à l'Etat total pluraliste ou quantitatif, Schmitt oppose un second concept, celui de l'Etat qualitativement total – soit, de l'Etat fort – dont la définition renverse en quelque sorte l'Etat total par faiblesse, en ce qu'il se caractérise essentiellement par sa capacité à résister à l'envahissement de l'Etat par la société. L'un des principaux outils d'une telle résistance réside, soulignons-le, dans le droit d'ordonnance issu de l'article 48, qui permet de produire des décrets ayant valeur de loi, notamment sur des questions économiques et financières, et dont le juriste reconnaît désormais la conformité avec l'ordre constitutionnel existant. L'objectif étant de restituer l'autonomie de l'Etat à l'égard de la sphère sociale, en passant d'abord par une reprise en main des questions économiques et financières, qui, tant qu'elles sont dominées par les forces de la polycratie, font obstacle à la puissance politique de l'Etat. La finalité d'un tel Etat fort est de reconstruire l'identité *politique* de l'Etat, qui se définit essentiellement par sa capacité à maintenir l'ordre et l'unité politique au moyen du monopole de la distinction entre ami et ennemi : « Un tel Etat [l'Etat total "authentique"] sait distinguer ami et ennemi. En ce sens, tout Etat authentique est un Etat total ; de tout temps il a été tel, en tant *que societas perfecta* du monde d'ici-bas ; depuis longtemps, les théoriciens de l'Etat savent que le politique est total. » : Schmitt, « Weiterentwicklung des totalen Staates in Deutschland », in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, p.362. (Cité in Kervégan, 1992, pp. 90 et 91). C'est pourquoi la thèse de J.F. Kervégan d'après lequel le concept d'Etat total vise à dénoncer l'évolution de l'Etat législateur vers un Etat administratif nous semble assez peu conforme avec les intentions stratégiques du juriste. Car, s'il est certain que l'Etat total constitue bien à terme un Etat administratif, c'est l'extension du domaine de l'action étatique et, par effet de retour, la politisation des sphères sociales qui posent problème pour Schmitt, et

l'extension de l'activité de l'Etat procèdent elles-mêmes d'une mise en garde contre la confusion de la société et de l'Etat, montre que l'enjeu du juriste ne réside pas dans l'évolution de l'Etat législateur vers un Etat administratif, mais bien dans la question de la politisation de la société qui menace l'unité étatique de guerre civile :

> « De fait, l'Etat apparaît largement dépendant des différents groupes sociaux, tantôt comme leur victime, tantôt comme le résultat de leurs conventions : un objet de compromis entre des groupes ayant un pouvoir social et économique, un agglomérat de facteurs hétérogènes, de partis, de groupements d'intérêts, d'entreprises associées, de syndicats, d'Eglises, etc. (…) L'Etat semble devenu sinon exactement un serviteur ou l'instrument d'une classe ou d'un parti dominant, du moins un pur produit de l'équilibre entre plusieurs factions en lutte, au mieux un pouvoir neutre et intermédiaire, un médiateur neutre, une instance d'arbitrage entre les différentes factions qui se combattent, une sorte de clearing office, un conciliateur qui s'abstient de toute décision d'autorité qui renonce totalement à dominer les antagonismes sociaux, économiques et religieux, qui même les ignore et n'a pas officiellement à en connaître. »[41]

Ainsi, si Schmitt engage une virulente critique du libéralisme, c'est d'abord parce que ce dernier aura soutenu de manière inconsidérée l'évolution pluraliste de la société, en menant à l'avènement de l'Etat total, *soit, très exactement au but inverse qu'il s'était fixé, c'est-à-dire à la politisation de toutes les choses humaines*. Et c'est pour montrer les conséquences d'une telle politisation que le juriste est amené à penser l'essence du politique en termes d'ami et d'ennemi[42].

---

nullement la substitution de la mesure à la loi. Schmitt veut donc, par l'intermédiaire de l'Etat administratif lui-même et d'une intervention forte dans le domaine économique, rétablir l'autonomie de l'Etat. Par suite, il nous semble également, conformément à l'interprétation retenue par O. Beaud, que Schmitt ne signifie pas, par sa notion d'Etat total qualitatif « une adhésion au programme des nazis, mais au contraire un moyen de les battre sur leur propre terrain, qui est celui de l'Etat fort. » : O. Beaud, 1997, p. 71. *Cf.* Kervégan, 1992, pp. 95 à 101. N. Campana défend également l'idée d'après laquelle Schmitt veut lutter contre l'évolution menaçante de l'Etat législateur vers l'Etat administrateur – ce qui conduit inversement N. Campana à s'opposer à l'identification de l'Etat total défendu par Schmitt et de l'Etat totalitaire. *Cf.* Campana, 2004, p. 30 et ss.

[41] Schmitt (1930), 1988, pp. 135 et 136.

[42] Pour H. Meier, tout comme pour D. Cumin à sa suite, la prétention à fonder l'autonomie du politique en l'absence de tout contenu en valeur des décisions politiques témoigne en dernière instance de l'assise théologique de la pensée schmittienne du politique. Pour ces deux auteurs, c'est la foi catholique du juriste et sa croyance dans le péché originel qui sauve Schmitt du relativisme. Mais J.-F. Kervégan a très bien montré le caractère politique des thèses théologiques de Schmitt, que le juriste proclame très nettement d'ailleurs dans *Théologie politique*. Une telle interprétation ne prend pas en compte, selon nous, la question absolument au cœur de la *Notion de politique* ainsi que de la réflexion menée par le juriste à l'époque : celle du pluralisme politique, qui menace l'unité étatique en faisant peser un risque de guerre civile. *Cf.* Meier, 1990 ; Cumin, 2011, et Kervégan, 1995b.

B. L'effritement du monopole étatique du politique et la menace d'une guerre civile

La distinction de l'ami et de l'ennemi comme critère spécifique du politique consiste d'abord, à l'évidence, à nier que le politique se réduise à l'étatique, et par suite, qu'il puisse disparaître sous sa forme intrinsèquement violente avec la fin de l'Etat, ou, avec la relativisation de sa puissance. Par cette distinction, le juriste soutient d'abord le caractère toujours potentiellement conflictuel des relations humaines, ou, plus spécifiquement, des relations intercommunautés. Mais, ensuite, la distinction invite à interroger les conséquences que pourrait avoir la fin du monopole du politique détenu par l'Etat[43], dès lors qu'il est admis que chaque regroupement d'une forte intensité s'installe toujours dans l'horizon de la guerre avec d'autres groupes désignés comme ennemis. Nous verrons que cette structure argumentative se fonde sur une profonde méfiance à l'égard de la politisation des divers secteurs de la société, qui caractérise selon nous proprement la démocratie.

La distinction de l'ami et de l'ennemi n'est pas autre chose, pour Schmitt, que l'expression même d'une identité politique existentielle qui s'affirme par distinction avec l'étranger, ou avec l'autre, lorsque des conflits avec lui sont possibles, mais « ne sauraient être résolus ni par un ensemble de normes générales établies à l'avance, ni par la sentence d'un tiers, réputé non concerné et impartial »[44]. La distinction de l'ami et de l'ennemi consiste dans l'affirmation de valeurs, de principes intangibles qui fondent l'unité politique[45] et ne permettent pas de conciliation avec une autre forme d'existence politique fondée sur des valeurs incompatibles[46]. Ce qui nécessite de souligner néanmoins que, si tous les domaines (l'économie, l'esthétique, la morale, la religion, etc.) peuvent participer à la discrimination de l'ami et de l'ennemi, aucun ne suffit jamais à la fonder :

---

[43] En ce sens, S.Baume nous semble avoir raison de souligner que la « distinction [ami-ennemi] qui a valeur de critère chez Schmitt ne peut être correctement interprétée si elle n'est pas rapportée à l'instance qui dispose du monopole de la discrimination de l'ami et de l'ennemi, en l'occurrence l'Etat, et sa finalité qui est l'ordre public. » : Baume, 2009, p. 65.

[44] Schmitt (1932), 1992, p. 65.

[45] Ainsi que bien des commentateurs l'ont rappelé, Schmitt ne fait pas de la distinction entre l'ami et l'ennemi une question privée : l'ennemi est toujours un ennemi public. Schmitt (1932), 1992, pp. 66 et 67.

[46] Ainsi que l'affirme N. Campana : « L'ennemi politique est donc celui dont on juge qu'il veut détruire l'essence de la Constitution, qu'il veut nous obliger à vivre autrement politiquement que nous n'avons originairement décidé de le faire. » : Campana, 2004, p. 46. *Cf.* Baume, 2008, p. 31.

> « Dans la mesure où [la distinction spécifique de l'ami et de l'ennemi] ne se déduit pas de quelque autre critère, elle correspond, dans l'ordre du politique, aux critères relativement autonomes de diverses oppositions : le bien, le mal en morale ; le beau et le laid en esthétique ; etc. Elle est autonome en tous cas non pas au sens où elle correspondrait à un champ d'activité original qui lui serait propre, mais en cela qu'on ne saurait ni la fonder sur une ou plusieurs de ces oppositions, ni l'y réduire. »[47]

Par un tel critère, Schmitt garantit ainsi l'autonomie du politique à l'égard de toutes les sphères de la vie sociale, non pas en en faisant un domaine séparé des autres domaines, comme le souligne L. Strauss[48], mais en établissant une forme de suprématie du politique à l'égard de tous ces domaines, par la nature propre de l'engagement politique. Car la communauté politique est la *seule* qui puisse prétendre exiger la mort physique de l'individu[49] qui lui appartient[50]. C'est pourquoi aussi la guerre demeure toujours la possibilité ultime de la communauté politique et de la distinction de l'ami et de l'ennemi :

> « Les concepts d'ami, d'ennemi, de combat, tirent leur signification objective de leur relation permanente à ce fait réel, la possibilité de provoquer la mort physique d'un homme. La guerre naît de l'hostilité, celle-ci étant la négation existentielle d'un autre être. La guerre n'est que l'actualisation ultime de l'hostilité. »[51]

Une thèse qui ne consiste pas, comme le note le juriste lui-même, à accorder à la guerre une valeur existentielle pour l'individu, selon la conception de Jünger, ni même à faire de la guerre l'essence du politique[52], mais bien davantage à souligner que la guerre demeure toujours la possibilité ultime de l'unité spécifiquement politique[53].

---

[47] Schmitt (1932), 1992, p. 64.

[48] Strauss, 1988, p. 193.

[49] Ainsi que le souligne encore L. Strauss, Schmitt se sépare sur ce point nettement des thèses de Hobbes, pour lequel le devoir d'obéissance des individus à l'égard de l'Etat est toujours conditionnel, parce qu'il est limité à la préservation de l'existence physique des individus. *Cf.* Strauss, 1988, p. 198 et ss.

[50] « Il n'est pas de finalité rationnelle, pas de norme, si juste soit-elle, pas de programme, si exemplaire soit-il, pas d'idéal social, si beau soit-il, pas de légitimité ni de légalité qui puissent justifier le fait que des êtres humains se tuent les uns les autres en leur nom. Car, si à l'origine de cet anéantissement de vies humaines il n'y a pas de nécessité vitale de maintenir sa propre forme d'existence face à une négation tout aussi vitale de cette forme, rien d'autre ne saurait le justifier. S'il existe réellement des ennemis au sens existentiel du terme tel qu'on l'entend ici, il est logique, mais d'une logique exclusivement politique, de se défendre contre eux, si nécessaire, par l'emploi de la force physique et de lutter avec eux. » : Schmitt (1932), 1992, p. 90.

[51] Schmitt (1932), 1992, p. 71.

[52] *Cf.* Cumin, 2011, p. 167.

[53] Selon R. Wolin, cette place accordée à la mort dans la pensée de Schmitt constitue l'un des éléments marquants de l'existentialisme politique schmittien, qui constitue la « clé du problème » de sa théorie : « Somme toute, la philosophie politique du Schmitt de la maturité est un décisionnisme existentiel, qui s'éloigne sans cesse du tribunal de la raison afin de pouvoir proclamer impunément des vérités existentielles d'un ordre supérieur. » : Wolin, 1990, p. 65. Cette analyse n'est pas dénuée d'intérêt mais par son

Or, en dépit de tous les efforts caractéristiques du libéralisme et plus généralement du processus général de neutralisation, Schmitt soutient que la politique sous la forme d'une discrimination ami-ennemi débouche toujours inévitablement sur la guerre :

> « Personne n'ira croire que les hommes puissent, par exemple, changer le monde et y créer une situation de moralité pure en renonçant à toute productivité esthétique ou économique ; combien moins encore un peuple renonçant à toute décision politique saurait-il placer l'humanité dans une situation où règneraient la moralité pure ou l'économie pure. Qu'un peuple n'ait plus la force de se maintenir dans la sphère du politique, ce n'est pas la fin du politique dans le monde. C'est seulement la fin d'un peuple faible. »[54]

Cette thèse ne consiste pas à supposer que l'agressivité naturelle ou la défiance de l'homme le conduise nécessairement au conflit – conformément à la théorie de l'état de nature de Hobbes, qui demeure inscrite dans une perspective individualiste – mais bien davantage à défendre que tout regroupement humain, dès lors qu'il atteint un certain degré d'*intensité*, devient facteur d'une discrimination, qui conduit toujours *potentiellement* vers la guerre[55] :

> « Le sens de cette distinction de l'ami et de l'ennemi est d'exprimer le degré extrême d'union ou de désunion, d'association ou de dissociation. »[56]

Le critère du politique retenu par Schmitt vise spécifiquement à écarter l'idée d'une possible dépolitisation, au sens où la politique apparaît en quelque sorte la *condition naturelle de l'homme*[57]. Et c'est donc d'abord la permanence du politique en amont de

---

schématisme théorique un peu univoque, elle ne voit ni les enjeux stratégiques *politiques* des écrits du juriste, ni l'importance de l'analyse juridique de Schmitt. C'est pourquoi R. Wolin finit par réduire la théorie schmittienne à la « pauvreté » d'une théorie darwiniste de l'autoconservation. *Cf.* Wolin, 1990, p. 57 et ss.

[54] Schmitt (1932), 1992, p. 95.

[55] Ainsi que N. Grangé l'a établi, Schmitt inscrit la potentialité de la guerre civile au cœur de la cité avec sa distinction de l'ami et de l'ennemi – une potentialité qu'il s'agit ensuite de conjurer par un monopole étatique du politique. *Cf.* Grangé, 2009, pp. 222-225.

[56] Schmitt (1932), 1992, p. 64.

[57] La définition du politique en termes d'intensité, qui vise d'abord à nier la possible dépolitisation des relations humaines, ne nous semble pas posséder de contenu substantiel préétabli. Sans doute peut-on également soutenir, ainsi que le souligne M. Senellart en rappelant la position adoptée par certains interprètes à ce sujet, « que Schmitt – en 1932, du moins – fait à ce point sienne la conception d'une hostilité enracinée dans la différence raciale qu'il n'a même pas besoin de commenter Platon sur ce point et qu'il lui suffit, en le citant –"Aux yeux de Platon, seule une guerre entre Grecs et Barbares ("ennemis de nature") est une guerre véritable" – de s'abriter derrière son autorité. La référence à Platon serait alors l'indice d'une définition substantielle de l'ennemi, d'inspiration ethno-nationaliste, sinon résolument antisémite » : Senellart, 2009, p. 7. Contre cette lecture, défendue notamment par J. Habermas ou R. Gross, d'autres interprètes ont au contraire défendu, comme le rappelle encore M. Senellart, que l'ennemi de Schmitt est seulement

l'existence de l'Etat qu'exprime avant tout à nos yeux la très célèbre phrase qui ouvre la *Notion de politique* :

> « Le concept d'Etat présuppose le concept de politique. »[58]

Une telle proposition n'est pas sans renverser les thèses antérieures de Schmitt, qui assimilent très généralement le politique à l'étatique[59]. Mais il justifie cette identification par l'affirmation d'après laquelle cette identité a effectivement prévalu tant que l'Etat détenait encore le monopole du politique, c'est-à-dire le monopole de la désignation de l'ennemi :

> « L'Etat, unité essentiellement politique, dispose du *jus belli*, c'est-à-dire de la possibilité effective de désigner l'ennemi, le cas échéant, par une décision qui lui est propre, et de le combattre. »[60]

Un tel monopole est incarné dans la disposition du *jus belli*, qui engage un droit de désigner l'ennemi extérieur. Il ne faut cependant pas s'y tromper : la définition de Schmitt ne signifie en aucun cas qu'il ne pense le politique que dans le champ des relations extérieures de l'Etat[61]. Il va au contraire de soi, pour le juriste, que l'Etat dispose également du pouvoir de désigner l'ennemi intérieur, comme en témoigne l'état d'exception[62]. Mais, tant que l'Etat détient le monopole du politique, les organisations de l'intérieur susceptibles de contester la volonté de l'Etat sont toujours relativisées. C'est donc bien parce qu'il existe une puissance souveraine qui dispose du monopole de la

---

occasionnel, à l'instar notamment de K. Löwith. M. Senellart ne tranche pas sur ce débat dans sa Présentation. Nous serions tentés pour notre part d'inverser le raisonnement en faisant de la théorie politique de Schmitt ce qui le conduit ensuite à épouser les thèses nationales-socialistes, comme semble l'interpréter également J.-C. Monod. En revanche, il nous semble, ainsi que nous voulons l'établir, que le juriste possède bien une cible déterminée, qui consiste dans la politisation de la société, issue du processus de démocratisation. *Cf.* Gross, 2005 ; Monod, 2007, p. 57 et Löwith, 2009.

[58] Schmitt (1932), 1992, p. 57.

[59] Kervégan, 1992, p. 73.

[60] Schmitt (1932), 1992, p. 84.

[61] C'est ce que J. Freund a bien identifié. En revanche, bien des commentateurs ne semblent pas percevoir l'articulation de la guerre à l'extérieur et de la pacification intérieure. *Cf.* Freund, 1987, p. 12. Pour l'interprétation d'après laquelle Schmitt réduit le politique à la politique extérieure, voir par exemple Wolin, 1990, p. 76 ou Meier, 1990, p. 40.

[62] « Cette tâche nécessaire de pacification intra-étatique peut également amener l'Etat, lorsque la situation est critique, et tant qu'il subsiste comme unité politique, à définir de son propre chef l'ennemi du dedans, l'ennemi public. » : Schmitt (1932), 1992, p. 86.

désignation de l'ennemi qu'il est possible de relativiser le danger de guerre civile et de rejeter globalement la guerre dans le champ des relations extérieures[63].

Dans ce cadre, la fin proclamée de l'identité de l'Etat et du politique, née de la confusion de l'Etat et de la société, signifie d'abord la fin du monopole du politique antérieurement détenu par l'Etat :

> « Cependant, les définitions plus générales du politique qui se contentent de renvoyer ou de tout ramener à l'Etat sont intelligibles face aux groupes et aux affaires qui, ne relevant pas de lui, sont non politiques ; tant que l'Etat, par conséquent, garde le monopole de l'activité politique. »[64]

La relativisation de la position de suprématie de l'Etat a été, nous l'avons vu, largement favorisée par le libéralisme, qui s'inscrit en cela dans un processus historique porté, depuis le XVIIe siècle, par la recherche d'un secteur neutre ou dépolitisé. Mais Schmitt interprète la neutralisation libérale comme le fruit d'un postulat déjà examiné dans *Théologie politique* : celui de la foi dans la bonté humaine. Plus exactement, le libéralisme est cette théorie qui, sans défendre une véritable anthropologie[65], conteste cependant le principe de la méchanceté humaine dans « une intention polémique contre l'ingérence de l'Etat »[66], et qui présuppose donc qu'il est possible d'écarter la thèse à partir de laquelle tout regroupement humain d'une véritable intensité est soumis à la potentialité permanente de la guerre. En se fondant sur cette *croyance*, le libéralisme participe activement au processus de neutralisation et de dépolitisation en cours, au sens où il cherche par tous les moyens possibles à contrer la puissance de l'Etat en favorisant le pluralisme. Or, cette attitude générale qui concourt à la neutralisation et à la dépolitisation des relations humaines et des relations interétatiques est parfaitement aveugle, pour Schmitt, aux conséquences de la domination désormais acquise du pluralisme politique. Car, parce qu'il

---

63 Ainsi que le souligne E.-W. Böckenförde : « In light of Schmitt's idea of political, the state as a political unity means a pacified unity encompassing the political. While fencing itself off against other external political unities, its domestic distinctions, antagonisms, and conflicts remain below the level of friend-enemy groupings. » : Böckenförde, 1998, p. 39.

64 Schmitt (1932), 1992, p. 59.

65 L'analyse d'E. Kennedy qui voit dans le libéralisme la seule théorie politique qui dénie le caractère dangereux de l'homme nous semble particulièrement réductrice de l'anthropologie schmittienne, qui dénonce précisément le manque de véritable fondement anthropologique du libéralisme par distinction, notamment, avec l'anarchisme. En outre, ce n'est pas dans une dynamique des « passions et des intérêts » que le juriste pense cette dangerosité de l'homme mais dans une optique théologique : celle de la méchanceté de l'homme. *Cf.* Kennedy, 1998, p. 95 : « Excepting liberalism, there are no political theories which deny that man is problematic and dangerously dynamic in his passions and interests. »

66 Schmitt (1932), 1992, p. 104.

n'est pas possible d'éliminer la potentialité de la guerre entre des unités politiques constituées autour de la distinction de l'ami et de l'ennemi, la fin du monopole du politique par une entité souveraine signifie purement et simplement la potentialité permanente de la guerre civile.

En effet, en l'absence d'un souverain capable de monopoliser le politique, c'est-à-dire de désigner l'ennemi public en relativisant les dissensions internes, les groupes sociaux organisés sont conduits à désigner eux-mêmes l'ennemi de leur propre forme d'existence[67]. Dans ce cadre, la situation de pacification intérieure, fondée sur une relative dépolitisation des relations sociales issue du monopole étatique, doit céder la place à une politisation maximale de la société :

> « Quand, au sein d'un Etat, les conflits entre partis finissent par occuper tout le champ des antagonismes politiques, on a atteint le degré extrême de la série de politique intérieure, c'est-à-dire qu'au lieu de la configuration de politique extérieure, c'est le regroupement en amis et ennemis à l'intérieur de l'Etat qui détermine le conflit armé. Dans cette situation où c'est la politique intérieure qui l'emporte, l'éventualité effective d'un combat, obligatoirement présente si l'on prétend parler effectivement de politique, ne porte plus, logiquement, sur une guerre entre peuples organisés en unités politiques (Etats ou empires), elle porte sur la guerre civile. »[68]

Ce qui signifie d'abord que *l'évolution pluraliste de l'Etat neutre vers l'Etat total est interprétée par le juriste comme sonnant la fin du monopole de l'activité politique détenu par l'Etat*. Et, ensuite, que *la politisation de la société est explicitement conçue comme un danger pour l'unité politique et comme un risque de guerre civile*. Effectivement, le pluralisme a désormais conduit à la formation d'une pluralité d'allégeances, que l'Etat désormais fragilisé se voit menacé de ne plus pouvoir relativiser : en ce sens, la fin du monopole étatique signifie d'abord une possible guerre civile illimitée quant au champ des acteurs susceptibles de prétendre désigner eux-mêmes leur ennemi. Ensuite, le pluralisme a conduit à la politisation de toutes les sphères de la vie sociale. De telle sorte que la fin du

---

[67] C'est pourquoi l'interprétation de la *Notion de politique* retenue par L. Jaume nous semble quelque peu retourner l'objectif stratégique du juriste, lorsqu'il déduit de la définition schmittienne du politique « l'intérêt [de l'Etat] à se désigner un ennemi ». Et pour L. Jaume en effet : « Tel est bien le sens de la "décision" selon Schmitt : faire en sorte que l'on ait un ennemi, c'est se rendre sûr d'être un Etat. » Mais le juriste est précisément en train de dénoncer le processus de dépolitisation qui fragilise les décisions étatiques. De telle sorte que le juriste ne propose pas ici une théorie de l'Etat fondée sur le critère du politique, mais inversement, une définition du politique pour montrer les effets catastrophiques à ses yeux de la fragilisation de l'Etat. *Cf.* Jaume, 2004.

[68] Schmitt (1932), 1992, p. 70.

monopole étatique signifie également une potentielle extension de la guerre dans tous les domaines auparavant relativement neutres : notamment dans la sphère économique.

Mais cette politisation « de toutes choses » est le fait, pour Schmitt, de la démocratie elle-même :

> « Il est autrement important de bien se rendre compte que c*'est dans la démocratie elle-même qu'il faut rechercher la raison d'être de l'« Etat total », moderne, ou, pour être plus précis, de la politisation de toutes les choses humaines.* »[69]

C'est l'extension des droits politiques à des catégories de la population qui en étaient auparavant privées (le prolétariat, les femmes, etc.) qui mène à la politisation de domaines sociaux laissés hors du champ de l'intervention de l'Etat. Et c'est également la politisation de groupes sociaux qui s'organisent pour participer à la production de la volonté générale, ou pour peser simplement sur elle, qui conduit à l'extension du champ de l'activité étatique. *La démocratie, qui désigne ici à la fois un processus d'élargissement du corps des individus qui prétendent participer à la formation de la volonté commune et l'extension des domaines concernés par cette volonté*[70]*, est donc intrinsèquement comprise comme une forme de politisation de la société qui met en danger l'existence même de l'Etat*[71].

Ainsi, et une fois encore, la critique portée par le juriste contre le libéralisme est soumise à son analyse de la démocratie[72], essentiellement analysée ici à partir de la notion d'Etat

[69] Schmitt (1932), 1990, p. 74. Traduction modifiée. Nous soulignons. *Cf.* également Schmitt (1932), 1992, p. 59.

[70] Une telle définition est contraire à celle que promeut par ailleurs Schmitt à partir de 1923, qui construit autour de l'identité des gouvernants et des gouvernés une théorie de la représentation qui lui permet d'aspirer la pluralité des revendications et des intérêts qui scindent la société dans la volonté de ses dirigeants. Une définition autoritaire de la démocratie qui procède d'un effort systématique de *dépolitisation* de la société.

[71] C'est pourquoi aussi l'attaque portée par Schmitt contre le processus de dissolution de l'unité étatique engendrée par l'auto-organisation de la société, qui conduit à politiser l'intégralité des relations intra-étatiques, va au-delà d'une analyse de l'homogénéité nécessaire pour fonder l'unité démocratique. Dans sa réponse à la publication de la *Notion de politique*, Hermann Heller montre effectivement que Schmitt fait de la distinction ami-ennemi un moyen de constituer la relative homogénéité sociale dont toute démocratie a nécessairement besoin à ses yeux, comme à ceux de Schmitt. Or, H. Heller objecte que cela revient à présupposer toujours déjà l'existence de l'homogénéité, alors que c'est précisément la tâche de l'Etat de la produire, notamment au moyen du parlementarisme. Une analyse dont on ne peut mésestimer l'intérêt et qui répond pleinement à la théorie de l'homogénéité démocratique formulée par Schmitt dans la *Théorie de la Constitution*, mais qui passe quelque peu à côté de l'analyse menée par Schmitt dans la *Notion de politique*, qui vise surtout à dénoncer les risques d'une politisation de la société, conçue comme source potentielle de guerre civile. *Cf.* Heller, 1928. On peut voir également sur ce dernier texte l'intéressante analyse de S. Baume, in Baume, 2008, p. 59 et ss.

[72] Ainsi, l'interprétation très souvent retenue de la *Notion de politique*, qui voit dans la distinction ami-ennemi un instrument polémique essentiellement destiné à dénoncer l'incapacité du libéralisme à opérer cette

total. Car, ce que la notion d'Etat total permet au juriste de dénoncer, c'est explicitement le risque de la politisation de la société, soit l'intervention de la pluralité des acteurs sociaux dans la sphère politique et la politisation des divers secteurs qui demeuraient encore auparavant du domaine du privé. C'est cette forme de l'auto-organisation du champ politique, que nous avions qualifiée précédemment de démocratie immanente, qui met en péril l'unité de l'Etat et son monopole du politique. Et c'est dans ce cadre que Schmitt critique la politique de neutralisation et de dépolitisation menée par le libéralisme, parfaitement aveugle aux conséquences de la fragilisation du monopole du politique détenu par l'Etat en situation de pluralisme politique.

Dans la dernière partie de ce travail, nous voudrions montrer comment Schmitt poursuit après la guerre cette réflexion au niveau du droit international, et dans un contexte tout autre, marqué à la fois par le vaste mouvement de décolonisation et par la guerre froide. Cette incursion dans une seconde période des travaux du juriste, qui concernent essentiellement le droit international, pourrait sembler peu prudente en termes méthodologiques[73]. Cependant, nous montrerons que la réflexion menée par le juriste sur le partisan et la guerre irrégulière prolonge explicitement les analyses de la *Notion de politique*, en les inscrivant désormais dans le cadre d'une réflexion plus générale portant sur l'ordre mondial. Ce qui nous conduira à nous demander si Schmitt n'esquisse pas une forme de théorie de l'état d'exception au niveau du droit international, qui prétend – encore une fois – répondre à la menace de la guerre civile.

---

distinction nous semble occulter la critique du pluralisme qui constitue son arrière-fond et lui donne son sens. Pour une telle analyse, on peut voir par exemple Campana, 2004, p. 48 et ss.

[73] Les objections méthodologiques liées au fait de prolonger la réflexion engagée sur la pensée de Carl Schmitt sous la période de Weimar par une étude de ses ouvrages de l'après-guerre sont de deux sortes. D'une part, les écrits de la période de l'engagement de Schmitt en faveur du nazisme sont écartés. D'autre part, nous reconstruisons *a posteriori* une continuité à l'intérieur de la pensée schmittienne, laquelle pourrait être contestée. Deux questions qui appellent une réponse assez différente. En premier lieu, soulignons que les écrits publiés sous la domination du nazisme abandonnent la question de l'exception précisément parce que le régime nazi instaure une forme d'état d'exception permanent, considéré par Schmitt comme une forme achevée d'Etat administratif. En ce sens, la question de l'état d'exception est en quelque sorte réglée. Par ailleurs, la réflexion que le juriste a menée sur l'état d'exception fut liée à celle de l'unité étatique dans une démocratie. C'est pourquoi elle perd son sens sous la dictature nazie. En revanche, l'après-guerre fournit au juriste une nouvelle matière pour ses réflexions portant sur la question de l'unité politique dans un monde marqué par la fin du monopole du politique détenu par l'Etat et par un contexte géopolitique dominé par la guerre froide et les mouvements de décolonisation. Il ne s'agit donc pas d'occulter l'engagement de Schmitt auprès du nazisme, comme on le ferait d'une malheureuse parenthèse dans son parcours intellectuel. Concernant, ensuite, la seconde objection, notre étude devrait fournir la preuve qu'il existe bien une continuité dans la réflexion du juriste autour de la fin du monopole du politique par l'Etat et du risque de guerre civile qu'il constitue.

II. La démocratie, le partisan et la guerre civile mondiale

Il est indispensable de resituer la rédaction et la publication de la *Théorie du partisan* pour en saisir les enjeux. Une telle situation est d'abord historique. L'ouvrage est issu de deux conférences prononcées en 1962 par Schmitt sous l'Espagne franquiste, l'une le 15 mars, à Pampelune, et l'autre le 17 mars, à l'université de Saragosse[74], dans un cadre marqué géopolitiquement par la guerre froide et par le plein essor des mouvements de décolonisation. En outre, par ses multiples références aux guerres révolutionnaires, cette publication s'inscrit plus spécifiquement encore sous l'égide d'une réflexion portant sur la guerre contre-révolutionnaire, déjà largement théorisée par les armées coloniales, en particulier par l'armée française dès la guerre d'Indochine[75]. Mais la *Théorie du partisan* doit être ensuite comprise dans un cadre concptuel plus large, dont la publication à la suite de *la Notion de politique* en 1963 avec pour sous-titre « Note incidente relative à la notion de politique », permet de préciser les contours. Par ces deux éléments, Schmitt invite à lire son ouvrage comme un prolongement des réflexions engagées en 1928 sur le critère du politique comme discrimination de l'ami et de l'ennemi. Dans *la Notion de politique*, Schmitt met en garde, nous l'avons vu, contre la fin du monopole du politique détenu par l'Etat, qui risque à ses yeux de mener vers la guerre civile. Par une continuité théorique implicite, le juriste poursuit donc cette réflexion au sein du nouvel ordre mondial, marqué à la fois par la fragilisation de l'Etat et par la transformation des relations internationales avec la décolonisation et la guerre froide.

Nous allons voir dans ce qui suit que la figure du partisan permet au juriste d'interroger les conséquences de la fin du monopole étatique de la désignation de l'ami et de l'ennemi sur l'ordre – ou le désordre mondial. L'objectif du juriste est double : sur un premier axe, il dénonce explicitement l'émergence d'un droit international qui offre des instruments inespérés aux forces subversives. Et, nous formulerons alors l'hypothèse d'après laquelle Schmitt esquisse les fondements d'une véritable théorie de l'état d'exception au niveau du droit international. Mais ensuite, sur un second axe, nous montrerons que le juriste poursuit une réflexion déjà engagée avant la guerre portant sur les conséquences de la politisation

[74] Sur l'influence de Schmitt en Espagne, on peut voir Maschke, 1987, pp. 29 à 62.

[75] Sur ces questions, il faut lire les importants et nombreux travaux de G. Périès, notamment sa thèse de sciences politiques très riche : Périès, 1999. On peut voir également P. et M.-C. Villatoux, 2005.

des sociétés engendrée par le processus de démocratisation – et sur la réponse qu'il convient de lui apporter.

A. Le partisan et la dislocation de l'ordre mondial

Schmitt souligne la difficulté qu'il y a à définir le partisan, qui se meut dans la sphère trouble de l'action illégale et irrégulière, non sans prétendre cependant à la légitimité politique. Depuis les règlements de la Haye du 18 octobre 1907, le partisan peut être assimilé sous certaines conditions aux forces armées régulières, et il dispose, en ce sens, d'un véritable statut juridique que l'évolution du droit de la guerre n'a cessé de confirmer. Mais la question de savoir si la guerre de partisan (et si *toute* guerre de partisan) peut être véritablement comprise comme une guerre est évidemment posée depuis lors – et elle demeure ouverte[76].
Sans adopter pour point de départ la définition juridique du partisan, le juriste retient quatre caractères qui lui permettent de construire un *concept* du partisan, c'est-à-dire une définition unique supposée s'appliquer à l'ensemble des combattants irréguliers[77]. Le partisan est d'abord défini par son irrégularité : il est celui qui « combat en irrégulier »[78], c'est-à-dire celui qui n'appartient pas à une armée régulière, n'affronte pas son adversaire ouvertement – comme en témoigne le fait qu'il ne porte pas l'uniforme – et ne reconnaît pas le droit de guerre. Un tel critère n'est pas seulement technique ; car il ne suffit pas qu'un combattant utilise des moyens irréguliers pour pouvoir être assimilé au partisan. Il doit nécessairement agir en outre, et ceci constitue le second critère retenu par Schmitt, au nom d'un « engagement politique intensif », faute de quoi il ne pourrait être distingué du bandit et du criminel[79]. Le terme même de partisan confirme, selon le juriste, la nature spécifique de l'engagement de celui « qui va en parti », et s'engage pour une opinion à laquelle il accorde une valeur suffisamment forte pour mettre sa vie en jeu. Et, sous cet angle, le partisan est d'abord, pour Schmitt, *celui qui entreprend de distinguer lui-même l'ami de l'ennemi à l'encontre du monopole du politique détenu par l'Etat dans l'ordre*

[76] *Cf.* L'Heuillet, 2009, pp.16-19.
[77] Nous revenons plus loin sur la protestation émise par R. Aron à l'égard d'un tel effort visant à construire un unique concept du partisan.
[78] Schmitt (1963), 1992, p. 207.
[79] Schmitt (1963), 1992, p. 218.

juridico-politique moderne. Ce qui permet d'ailleurs de spécifier la définition même de l'irrégularité, dont le juriste souligne qu'elle ne peut être comprise qu'à la lumière de la régularité que le partisan remet en cause :

> « Il convient cependant de remarquer à ce sujet que dans la perspective d'une théorie générale du partisan, la force et l'importance de son irrégularité sont déterminées par la force et l'importance de l'organisation régulière qu'il met en cause. »[80]

Ainsi, le partisan est d'abord celui qui, dans certaines circonstances qu'il reste encore à définir, remet en question le monopole de l'Etat à déclarer et à faire la guerre, et en amont à désigner l'ennemi. La question du partisan prolonge donc la réflexion entamée par le juriste dans la *Notion de politique* sur les risques de guerre civile liés à la fragilisation du monopole du politique détenu fermement par l'Etat jusqu'à la fin du XIXe siècle. Mais, aux deux premiers critères de l'irrégularité et de l'engagement politique, le juriste en ajoute deux autres, qui permettent d'éclairer les enjeux stratégiques de cette réflexion engagée à nouveaux frais.

Le partisan se caractérise ensuite selon Schmitt par sa mobilité, qui s'est historiquement renforcée avec la technicisation et la motorisation[81]. Un tel critère n'est pas sans surprendre, car il semble se déduire de l'irrégularité même du partisan, et la spécificité d'une telle distinction supplémentaire n'apparaît pas immédiatement. C'est le dernier critère qui lui donne son sens, dont la particularité est qu'il brise l'universalité supposée du concept de partisan :

> « Je tiendrais volontiers un quatrième caractère distinctif du partisan authentique, ce que Jover Zomora a appelé son caractère tellurgique. Celui-ci est très important pour la situation fondamentalement défensive du partisan, lequel change de nature quand il s'identifie à l'agressivité absolue d'une idéologique visant à la révolution mondiale ou techniciste. »[82]

Le caractère tellurgique, c'est-à-dire le fait de défendre un territoire concret, est potentiellement incompatible avec le combattant d'une armée révolutionnaire luttant au nom d'une idéologie, notamment pour une cause révolutionnaire internationaliste. Schmitt esquisse donc un possible rejet du combattant révolutionnaire hors de l'acception bien comprise du partisan. Et le troisième critère de mobilité trouve alors tout son sens,

[80] Schmitt (1963), 1992, p. 208.
[81] Schmitt (1963), 1992, p. 220.
[82] Schmitt (1963), 1992, p. 223.

puisqu'il permet de distinguer le combattant révolutionnaire délocalisé du combattant tellurgique. Il s'agit donc bien par ces critères d'introduire un élément de distinction entre deux types de combattants irréguliers, que le juriste hiérarchise d'abord à la faveur d'un principe qui occupe déjà une place considérable dans ses travaux antérieurs : celui de la *limitation de la guerre.*

En effet, les travaux de l'après-guerre du juriste se consacrent en grande partie à l'évolution du droit international et du droit de la guerre[83]. Sans développer ces analyses, il convient cependant d'en retracer les grands axes, pour comprendre les enjeux de la question du partisan dans le cadre plus général du droit international contemporain.

C'est le grand ouvrage publié en 1950, *Le nomos de la terre*, qui développe l'essentiel de l'armature conceptuelle et historique de la théorie du droit international de Schmitt. Celle-ci se construit autour du rejet explicite des conceptions juridiques universalistes de l'ordre mondial qui, à l'instar de la théorie de Kelsen, font des relations interétatiques une organisation juridique assignant à la guerre une simple fonction technique de représailles dans le cadre d'un ordre de contrainte[84]. A l'encontre de Kelsen, Schmitt oppose, dans la

---

[83] Le droit international occupe une place importante dans l'œuvre du juriste, et ce dès l'avant-guerre. Sous Weimar, sa réflexion est dominée par une défense de la souveraineté de l'Etat contre l'évolution d'un droit international marqué à la fois par la création de la SDN et par l'interdiction de la guerre comme moyen spécifique de l'action étatique. A partir des années 30, en revanche, c'est la pérennité du système interétatique moderne qui s'installe au centre de ses analyses. Sous le régime nazi, la pensée schmittienne évolue progressivement d'une défense d'un ordre interétatique fondé sur la souveraineté des Etats vers la promotion de la théorie du *Großraum,* qui, outre son évidente portée de propagande, signifie l'abandon, par le juriste, d'une conception des relations internationales fondée sur la prééminence de l'Etat, ainsi que l'évolution de sa théorie vers une pensée de l'ordre concret qui ne se démentira plus par la suite. L'après-guerre est évidemment marqué par la défaire de l'Allemagne, et d'un point de vue plus personnel, par l'incarcération du juriste par les troupes américaines comme accusé potentiel au Tribunal de Nuremberg, où il sera finalement cité comme simple témoin, puis par sa mise au ban de toute fonction universitaire. La réflexion qu'il va mener dès lors sur le droit international ne peut être exemptée de fonction stratégique : car Schmitt entreprend certainement de justifier les orientations qui l'ont amené à collaborer activement au régime nazi, de même qu'il cherche à retrouver une place dans le champ de la pensée juridico-politique engagée. D'un point de vue plus théorique, Schmitt entreprend une importante réflexion sur l'ordre mondial émergeant, au sein duquel la place de l'Etat s'est très manifestement marginalisée à la faveur de certaines institutions juridico-politiques, notamment de l'ONU, mais aussi du poids croissant de certaines « grandes puissances », en particulier des Etats-Unis et de l'URSS qui transforment les relations interétatiques classiques. Et il est certainement possible de formuler l'interrogation qui anime la réflexion du juriste à partir des années 1943-1945 selon les termes de J.-F. Kervégan : « s'il est vrai que l'ère de l'Etat, ou de sa forme européenne moderne, est parvenue à sa fin, quel type de configuration se substituera-t-il à lui ? ». C'est pourquoi, comme le souligne encore justement J.-F. Kervégan, par cette interrogation, Schmitt maintient le cap d'une réflexion centrée autour de la question de l'unité politique qui s'était liée depuis la modernité et jusqu'alors à l'existence de Etat : « Si on laisse en effet de côté la période 1933-1937, au cours de laquelle les écrits de Schmitt sont avant tout destinés à conquérir puis à préserver des positions de pouvoir intellectuel au sein du régime nazi, on peut considérer que l'ensemble de sa réflexion de juriste et de philosophe du politique concerne le destin de cette configuration spécifiquement moderne – elle est née du processus de "sécularisation" rendu nécessaire par l'éclatement de l'unité du christianisme occidental et par la constitution de nouveaux modes de produire, d'agir et d'être – qu'est l'*Etat.* » : Kervégan, 2004, pp. 5 et 6.

[84] *Cf.* Kelsen, 1934, 2001. Sur l'opposition des théories du droit international de Schmitt et de Kelsen, on peut voir l'article très clair de F. Ramel, qui présente cependant le défaut de laisser dans l'ombre la question

continuité de sa pensée de l'ordre concret, le noyau historique et politique du droit qui consiste à ses yeux dans la prise de terres.

Pour Schmitt, tout ordre juridique se réfère effectivement à un espace concret, lui-même issu de conquêtes et d'actes de fondation[85]. C'est pourquoi le droit correspond toujours à une première répartition originelle, ou à un *nomos*[86], qui traduit en son sens premier l'idée d'un ordre, mais également, insiste Schmitt, celle d'une localisation concrète, que la pensée ultérieure a effacée[87]. Pour le juriste, c'est cet ordre concret qui donne son assise au droit. Ce qui ne signifie pas que tout acte de conquête soit fondateur de droit, mais plutôt que nul acte juridique n'a de valeur s'il n'est inscrit dans un ordre concret, fondé sur des relations entre des puissances territoriales[88]. Sur cette base qu'il était indispensable de rappeler pour la suite, Schmitt distingue deux grandes périodes de l'histoire du droit : une période préglobale, déterminée par l'absence de représentation globale de la terre qui, par suite, « ne pouvait pas constituer un système universel et cohérent parce qu'il ne pouvait constituer un système spatial cohérent »[89]. Et une période qui naît avec les prises territoriales du nouveau monde et la représentation globale du monde qui l'accompagne.

Le droit des gens de la période préglobale se construit autour de l'unité de la république chrétienne et du peuple chrétien, et son « *nomos* est déterminé par les divisions suivantes : le sol des peuples non chrétiens, païens, est terre de mission chrétienne ; il peut être assigné à un prince chrétien par un mandat papal en vue de la mission chrétienne »[90]. Il fonde par suite le droit médiéval des gens sur la base d'une argumentation juridico-morale qui définit la guerre juste comme une guerre menée *ex justa causa*, et où l'ennemi est qualifié de *criminel* ayant violé les lois de la morale et de la religion[91]. Et c'est, selon Schmitt, contre ce droit médiéval des gens que s'est construit le droit moderne des gens, à une époque de

---

de l'ordre concret chez Schmitt, au profit d'une approche essentiellement décisionniste du droit international. *Cf.* Ramel, 2009.

[85] Schmitt (1950), 2001, pp. 49 à 51.

[86] Schmitt (1950), 2001, p. 74.

[87] « Malgré cette altération des modes de penser et de s'exprimer qui survint dès l'époque classique, on continuait à percevoir la portée originelle du mot *nomos*, qui ne se réduisait nullement à une simple réglementation où être et devoir être étaient inséparables et où l'on ne pouvait faire abstraction de la structure spatiale d'un ordre concret. » : Schmitt (1950), 2001 p. 73.

[88] M. Senellart souligne l'importance de cette pensée de l'ordre concret dans la théorie de la guerre de Schmitt. Un point essentiel, que bien des auteurs laissent pourtant de côté en prétendant appliquer la théorie schmittienne à l'étude du présent. *Cf.* Senellart, 2004, p. 43. Pour une telle application au présent, *cf.* Odysseos, 2009.

[89] Schmitt (1950), 2001, p. 59.

[90] Schmitt (1950), 2001, p. 62.

[91] Schmitt (1950), 2001, pp. 62 et 63. Notons cependant que la guerre médiévale n'est pas une guerre absolue pour Schmitt, parce qu'elle repose encore sur un certain *nomos* susceptible de fonder un principe de limitation de la guerre. Ce qui n'est pas le cas du droit humanitaire contemporain à ses yeux. *Cf.* Schmitt (1950), 2001, p. 187.

décomposition de l'ordre spatial du Moyen Age sous l'effet des guerres civiles religieuses. Pour Schmitt, l'Etat lui-même constitue, « le dépassement de la guerre civile religieuse, devenu possible seulement à partir du XVIe siècle, et ce par une neutralisation »[92], c'est-à-dire par une « déthéologisation de la vie publique »[93]. Et c'est la construction de cette unité politique souveraine neutre à l'égard des oppositions confessionnelles qui permet, sur un plan intérieur, de surmonter les guerres civiles qui déchirent l'Europe aux XVIe et XVIIe siècles, et sur un plan extérieur de rationaliser et d'humaniser la guerre.

A l'encontre du droit médiéval des gens qui associe la guerre juste à la juste cause[94], le droit interétatique issu de la reconnaissance mutuelle des Etats[95] admet effectivement comme *justus hostis* tout titulaire du *jus ad bello* :

> « La guerre devint dès lors une guerre en forme, et cela uniquement parce qu'elle devient une guerre entre Etats européens comme tels, clairement délimités quant à leur surface, un conflit entre des unités spatiales figurées comme des *personae publicae* qui forment la “famille” européenne sur le sol européen commun et qui sont par là en mesure de se reconnaître mutuellement comme *justi hostes*. »[96]

Les Etats européens qui se reconnaissent comme titulaires égaux du *jus ad bellum* renoncent donc à évaluer la justesse de la cause qui motive l'entrée en guerre d'un autre titulaire du même droit. Par suite, le droit se sépare de la morale, l'ennemi juridiquement se distingue du criminel[97], et l'instauration d'un *jus in bello*, c'est-à-dire de règles de droit applicables aux rapports réciproques des parties également détentrices du *jus ad bellum* dans un conflit armé se met progressivement en place[98]. C'est donc un droit fondé sur un concept non discriminatoire de la guerre qui aura permis, selon Schmitt, de circonscrire les conflits armés entre Etats, où ce qui était encore une guerre d'anéantissement de l'ennemi dans le cadre de la doctrine de la guerre juste devient progressivement une guerre en forme, comparable au duel soumis au règne d'une « raison relative »[99]. De plus, parce que le concept de *justus hostis* n'est plus articulé avec celui de la juste cause, il « créé aussi

---

92 Schmitt (1950), 2001, p. 65.
93 Schmitt (1950), 2001, p. 142.
94 Schmitt (1950), 2001, p. 142.
95 L'un des principaux théoriciens de ce droit interétatique des gens est Emer de Vatel. *Cf.* Vatel, 1758. Sur l'interprétation schmittienne de Emer de Vatel, on peut voir Senellart, 2004.
96 Schmitt (1950), 2001, p. 143.
97 « Les deux parties se reconnaissent comme Etats. Par là même, il devient possible de distinguer entre l'ennemi et le criminel. La notion d'ennemi devient susceptible de prendre une forme juridique. L'ennemi cesse d'être quelque chose qu'“il faut anéantir”. » : Schmitt (1950), 2001, p. 143.
98 Sur leur distinction actuelle, *cf.* Meyrowitz, 1970.
99 Schmitt (1950), 2001, p. 143.

la possibilité d'une neutralité d'Etats tiers fondée en droit des gens »[100]. De telle sorte que c'est un système global de neutralisation et de limitation de la guerre que met en place, au regard du juriste, le droit interétatique des gens classique – un système de limitation fondé, nous y reviendrons, sur un ordre spatial structuré autour de l'opposition de l'Europe et du monde colonial. C'est dans ce cadre que Schmitt interprète l'évolution du droit international vers un droit humanitaire comme le signe de l'effondrement d'un ordre juridique qui avait permis de circonscrire la guerre pendant près de trois siècles.

La fin de l'ordre interétatique classique qui avait fondé la limitation de la guerre sur l'égalité des Etats souverains détenteurs du *jus ad bellum* s'est accompagnée de l'élaboration d'une nouvelle conception générale de la guerre[101], qui trouve d'abord sa traduction dans le droit humanitaire et le droit de la guerre.

Au niveau du droit international, Schmitt décrit deux conséquences majeures de l'effondrement du droit moderne des gens fondé sur un ordre spatial désormais caduque. En premier lieu, la fin du système fondé sur l'égalité des détenteurs du *jus ad bellum* se traduit d'abord par la criminalisation de la guerre d'agression[102], qui a pour effet, du point de vue de la nature même des conflits armés, de transformer « l'action guerrière en une simple opération de justice ou de police »[103]. En second lieu, la fin d'un système fondé sur la séparation du *justus hostis* et de la *justa causa* a engendré plus généralement un retour de la « moralisation du droit international », dont témoigne au regard du juriste le droit humanitaire émergeant depuis la Première Guerre mondiale. Ces deux transformations majeures ont d'abord permis l'instrumentalisation du droit au profit de certaines puissances, qui disposent dès lors d'une forme de « permis de guerre »[104] pour châtier les Etats coupables. Et elles donnent lieu ensuite à des politiques de disqualification de l'adversaire[105] au moyen d'une monopolisation des concepts de moralité et d'humanité[106],

---

[100] Schmitt (1950), 2001, p. 143.

[101] La prévalence de la pensée de l'ordre concret dans la théorie du droit international schmittienne ne permet pas de faire de l'évolution du droit lui-même la cause d'une déstructuration de l'ordre concret, même si, par effet de retour, il est certain que les transformations du droit humanitaire ont accéléré l'effondrement de l'ordre spatial caractéristique de la modernité.

[102] La criminalisation de la guerre d'agression trouve ses premières théorisations systématiques notamment chez E. Nys, et elle aboutit à la condamnation formelle de la guerre comme moyen de la politique nationale dans le Pacte Kellogg de 1978. *Cf.* Nys, 1912 et Schmitt (1950), 2001, pp. 119 et 269.

[103] Schmitt (1950), 2001, p. 124.

[104] On retrouvera cet argument au cœur des débats juridiques portant sur le crime d'agression après la Seconde Guerre mondiale. *Cf.* par exemple Donnedieu de Vabres, 1947, p. 497 et ss.

[105] Concernant l'équivalence implicitement posé entre criminalisation de la guerre et criminalisation de l'ennemi, à première vue bien problématique, N. Grangé montre très justement qu'elle ne peut être saisie qu'à la lumière de l'analyse schmittienne de la guerre civile. Pour le juriste, c'est parce que la criminalisation de la guerre transpose des catégories du droit interne vers le droit international qu'elle menace de dissoudre la distinction entre guerre interétatique et guerre civile : « Le mélange entre guerre civile et guerre extérieure

qui menacent de rejeter l'ennemi hors de l'humanité[107], non sans laisser envisager un potentiel retour de la doctrine de la guerre juste susceptible de donner naissance à des guerres d'extermination[108]. Ainsi, comme le formule Céline Jouin, le « diagnostic est clair : les guerres à venir se mettront de plus en plus à ressembler aux guerres de religion qui ont déchiré l'Europe avant que l'Etat moderne ne les jugule »[109].

Ainsi, bien loin d'interpréter l'évolution du droit international en direction d'un droit humanitaire comme le signe d'un progrès dans le sens de la moralisation et de l'humanisation de la guerre et du droit, Schmitt y voit d'abord le témoignage de la fin de l'ordre interétatique moderne, qui était parvenu à limiter la guerre pendant près de trois siècles[110]. Et c'est encore sous cet éclairage qu'il analyse l'évolution du droit de la guerre concernant la question des guerres non étatiques, notamment la guerre de partisans.

Dans le droit moderne des gens, qui n'admet de véritable guerre que d'Etat à Etat et distingue clairement l'ennemi du criminel, le partisan demeure une figure marginale. D'un point de vue strictement juridique, il est alors soit un membre d'une troupe légère attachée à une armée régulière (et il ne désigne alors qu'une tactique particulière dans un conflit régulier), soit un pur et simple criminel, pour lequel le droit de la guerre portant sur la protection des combattants réguliers ne s'applique pas[111]. Mais l'évolution du droit de la

produit une monstruosité juridico-politique, la guerre par discrimination, ainsi que ses avatars juridiques comme les "réparations", le "crime d'agression", la "responsabilité de la guerre", le "crime contre l'humanité" ». Grangé, 2009, p. 228.

106 « Quand un Etat combat son ennemi politique au nom de l'humanité, ce n'est pas une guerre de l'humanité mais bien plutôt une de celles où un Etat donné affrontant l'adversaire cherche à accaparer un concept universel pour s'identifier à celui-ci (aux dépens de l'adversaire), comme on abuse d'autre part de la paix, de la justice, du progrès et de la civilisation en les revendiquant pour soi tout en les déniant à l'ennemi. » : Schmitt (1932), 1992, p. 96.

107 « Etant donné qu'un nom aussi sublime entraîne certaines conséquences pour celui qui le porte, le fait de s'attribuer ce nom d'humanité, de l'invoquer et de le monopoliser, ne saurait que manifester une prétention effrayante à faire refuser à l'ennemi sa qualité d'être humain, à le faire déclarer hors la loi et hors l'humanité et partant, à pousser la guerre jusqu'aux limites extrêmes de l'inhumain. » : Schmitt (1932), 1992, pp. 96 et 97.

108 Ainsi que l'a montré R. Aron, une telle argumentation n'est pas sans renverser les accusations portées contre la politique expansionniste allemande et sa politique raciale, qui sont quant à elles très certainement source d'une hostilité absolue et de guerres d'exterminations. Inversement, pour Raymond Aron, ni le droit humanitaire ni même l'idéologie communiste ne mènent à l'« hostilité absolue », contrairement à l'idéologie raciale nazie. *Cf.* Aron, 1976, p. 218. Sur les renversements théoriques produits par le juriste dans son analyse de la guerre juste, *cf.* Monod, 2004.

109 Jouin, 2007, p. 13.

110 Ainsi que le souligne J.-C. Monod : « Schmitt n'a jamais pris théoriquement en compte la rupture constituée par les crimes commis par le régime nazi, auquel il a collaboré de 1933 à 1936. Or l'ordre européen et mondial d'après 1945, la sensibilité des opinions publiques, l'idée même d'intervention humanitaire ou, plus récemment, de "devoir d'ingérence" ont en partie été imprégnés par cette mémoire ici refusée, à travers la notion – rejetée par Schmitt – de crime contre l'humanité. Une discussion de la critique schmittienne de la déstabilisation du *Jus publicum Europaeum* doit inclure une discussion de ses silences. » : Monod, 2004, p. 40.

111 « En regard de cette régularité toute classique [de la guerre dans le droit classique de guerre], du moins tant qu'elle faisait réellement loi, le partisan pouvait n'être qu'une figure marginale, ce qu'il fut

guerre, d'abord sous l'effet de l'introduction du service militaire obligatoire, brouille considérablement les cartes. Car, avec le service militaire obligatoire, toutes les guerres deviennent progressivement des « guerres du peuple », qui justifient ensuite l'enrôlement de corps de volontaires durant les conflits, et bousculent le cadre du droit classique de la guerre[112]. Dès le Règlement de La Haye du 18 octobre 1907, certains combattants irréguliers sont assimilés aux forces régulières et bénéficient de la protection du droit de la guerre. Mais c'est surtout la Seconde Guerre mondiale, et le rôle joué par la résistance dans les guerres européennes de libération, dont Schmitt fait incidemment la cause d'une évolution malheureuse du droit de la guerre.

Effectivement, les Conventions de Genève du 12 août 1949 étendent encore le champ des combattants irréguliers susceptibles de faire l'objet d'une protection juridique par le droit de la guerre[113], en soumettant notamment à une telle protection les mouvements de résistance organisés lorsqu'ils respectent un certain nombre de conditions, ainsi que la population qui prend spontanément les armes contre une armée étrangère.

Non sans habileté rhétorique, Schmitt affirme qu'en « faisant preuve, à l'égard de l'ennemi, non seulement d'humanité, mais encore de justice au sens où il est reconnu, [les Conventions de Genève] se maintiennent sur la base du droit international classique et de sa tradition, sans lesquels une telle œuvre d'humanité ne serait guère possible »[114]. Mais le juriste souligne aussitôt les effets nocifs d'une telle extension de la catégorie assimilable aux combattants réguliers :

---

effectivement encore durant toute la Première Guerre mondiale (1914-1918). » : Schmitt (1963), 1988, p. 212.

[112] Schmitt (1963), 1988, p. 213.

[113] La Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949 précise notamment dans son article 4 quels sont les prisonniers susceptibles de faire l'objet du traitement réservé aux prisonniers de guerre. Aux membres des forces armées d'une partie au conflit, y compris d'une partie dont la Puissance détentrice ne reconnaît pas le gouvernement, l'article ajoute les « les membres des milices et des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées », mais surtout les « membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit et agissant en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire, même si ce territoire est occupé ». Néanmoins, le même article spécifie un certain nombre de conditions sans lesquelles les combattants de ces mouvements organisés de résistance ne peuvent être considérés comme des prisonniers de guerre. Ils sont effectivement tenus : « a. d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ; b. d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ; c. de porter ouvertement les armes ; d. de se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre ». Mais, en outre, l'article protège du statut de prisonnier de guerre : « La population d'un territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prend spontanément les armes pour combattre les troupes d'invasion sans avoir eu le temps de se constituer en forces armées régulières, si elle porte ouvertement les armes et si elle respecte les lois et coutumes de la guerre. »

[114] Schmitt (1963), 1988, p. 237.

> « C'est le caractère étatique des opérations de guerre qui demeure la base [du droit international classique], et la limitation de la guerre fondée sur celui-ci, avec ses distinctions nettes entre guerre et paix, militaires et civils, ennemi et criminel, guerres interétatiques et guerres civiles. Mais en assouplissant, voire en mettant en cause ce système de distinctions essentielles les Conventions de Genève ouvrent la porte à une forme de guerre qui détruit sciemment ces distinctions nettes. »[115]

En d'autres termes, l'évolution du droit de la guerre aurait contribué à disloquer le droit international classique qui permettait de limiter les guerres, en portant profondément atteinte à son principe le plus fondamental : celui de la détention du *jus ad bellum* par la seule puissance étatique.

Schmitt analyse longuement les conséquences d'une telle admission du partisan dans le cadre des combattants réguliers à la fois pour la puissance étatique et pour les populations civiles. Tout d'abord, une telle assimilation dans le cadre des conflits armés internationaux a pour effet d'altérer l'institution légale de l'*occupatio bellica*, qui soumet la population civile en territoire occupé à l'obligation d'obéir à la Puissance occupante dans les limites du droit de la guerre[116]. Or, dès lors que le partisan peut être admis comme un combattant régulier, une telle obligation perd toute substance, puisque non seulement le partisan se cache dans la population, mais qu'en outre il est souvent caché *par* la population[117]. Dès lors, en conclut Schmitt, d'un côté, la Puissance occupante est plus ou moins vouée à ne plus pouvoir assurer l'ordre faute de moyens juridiques, et de l'autre, la population elle-même devient tiraillée entre deux impératifs contraires d'obéissance : celui de la Puissance occupante, et celui du partisan[118]. C'est pourquoi non seulement l'ordre ne peut plus être assuré, selon Schmitt, mais, beaucoup plus profondément, la population entière risque potentiellement de basculer du côté du partisan. Car, en accordant protection au partisan, le droit de la guerre empêche la répression de la Puissance occupante et laisse le premier mener ses visées subversives au sein de la population. Et Schmitt d'en conclure qu'une

---

[115] Schmitt (1963), 1988, p. 237.
[116] Schmitt (1963), 1988, p. 230.
[117] Schmitt (1963), 1988, p. 230.
[118] Schmitt développe longuement le cas du fonctionnaire, et plus particulièrement du fonctionnaire de police, tiraillé entre des demandes d'allégeance contradictoires : « La Puissance occupante ennemie attend de lui l'obéissance dans le maintien de la sécurité et de l'ordre, et c'est justement le partisan qui trouble ceux-ci ; l'Etat dont il est ressortissant exige fidélité et lui demandera des comptes à la fin des hostilités ; la population dont il fait partie attend de lui un loyalisme et une solidarité qui, relativement à son activité, peuvent entraîner des conséquences pratiques tout à fait opposées si ce fonctionnaire ne se décide pas de se faire partisan à son tour ; en fin de compte, le partisan tout comme celui qui le combat auront vite fait de le précipiter dans le cycle infernal de leurs représailles et contre-représailles. » : Schmitt (1963), 1988, p. 232.

telle possibilité « nous amène à nous demander *s'il ne peut pas y avoir des cas où la population a besoin d'être protégée contre la partisan* »[119].

Or, une telle argumentation, qui vaut déjà pour les guerres d'occupation, pourrait en outre parfaitement s'appliquer, comme le souligne Schmitt lui-même, aux situations de guerre civile[120] et aux situations coloniales de domination – soit, dans le cas bien spécifique et tout à fait d'actualité en 1963 des guerres de décolonisation[121]. De telle sorte qu'il faut bien voir dans l'étude que mène le juriste sur les effets de l'évolution du droit de la guerre un véritable avertissement à l'égard des conséquences d'un tel droit sur l'ordre mondial, à la fois parce qu'il mène potentiellement à l'anéantissement de toute puissance coloniale, et parce qu'il constitue un véritable facteur de guerre civile potentielle dans le cadre même des Etats. Ce qui nous permet alors de dégager le premier objectif stratégique du juriste dans la *Théorie du partisan*, qui consiste à fournir une interprétation très limitative des Conventions de Genève, susceptible de contrer les effets nocifs à ses yeux d'un tel droit.

En effet, Schmitt construit une véritable contre-interprétation des Conventions de Genève au moyen d'une double argumentation historique et conceptuelle.

Tout d'abord, il restreint le champ d'application des Conventions en prenant appui sur une interprétation historique du droit. Selon Schmitt, les « formules des Conventions de Genève visent des expériences européennes, mais non des guerres de partisan de Mao Tsé-toung et l'évolution ultérieure de la guerre de partisan moderne »[122]. L'intention des « législateurs » n'aurait donc été que de protéger les partisans des Etats occupés dans une guerre conventionnelle de type « européen », et il est donc possible d'écarter leur application aux cas de luttes contre les formes de subversion de type révolutionnaire ou dans les guerres de décolonisation.

Ensuite, et toujours dans le cadre d'une interprétation historique, en prenant appui sur la formulation même de l'article 3 § 1 de la Troisième Convention, Schmitt exclut d'une part que les Conventions puissent s'appliquer en cas de guerre civile (à caractère international) sur un territoire national et, d'autre part, qu'elles puissent porter atteinte aux droits de la Puissance occupante. Car, selon le juriste, la protection que les Conventions ont accordée

[119] Schmitt (1963), 1988, p. 230. Nous soulignons.

[120] Notons que le droit de la guerre ne s'applique que dans le cadre d'un conflit comportant un élément international. Schmitt vise donc dans son argumentation les cas de guerres civiles qui font apparaître un tel élément – et donc, implicitement, les guerres civiles révolutionnaires prenant appui sur une aide internationale. *Cf.* Donnedieu de Vabres, 1947, p. 508.

[121] « Toutefois, la Convention relative à la protection des personnes civiles est applicable non seulement en cas de guerre interétatique, mais encore en cas de conflit armé ne représentant pas de caractère international, donc également en cas de guerre civile, d'insurrection, etc. » : Schmitt (1963), 1988, p. 227.

[122] Schmitt (1963), 1988, p. 226.

aux populations civiles[123] « n'a d'autre but que de fournir une base juridique aux interventions humanitaires ou du Comité international de la Croix-Rouge (ou d'un autre organisme impartial) »[124]. C'est pourquoi, d'une part, Schmitt exclut que les Conventions de Genève puisse valoir dans en cas de guerre civile sur le territoire national d'un Etat[125]. Mais, d'autre part, en cas de conflit interétatique, la Puissance occupante conserve le droit de réclamer le concours de la police pour débusquer le partisan. Ce dont le juriste peut ensuite déduire :

> « Il ressort de tout ceci que l'on persiste à distinguer des partisans au sens de combattants irréguliers, non assimilés aux troupes régulières. Le partisan défini de la sorte ne bénéficie pas des droits et privilèges du combattant ; il est un criminel de droit commun, et il est licite de le mettre hors d'état de nuire par des condamnations sommaires et des mesures répressives. »[126]

Ainsi, sur la base d'une interprétation historique des Conventions de Genève, Schmitt exclut que la protection juridique du combattant régulier puisse être accordée au combattant participant à une guerre de décolonisation, tout comme à celui qui participe à une guerre révolutionnaire dans le cadre d'un conflit interétatique. De même, il écarte qu'elle puisse s'appliquer au cas d'une guerre civile. Enfin, il finit par réaffirmer, dans le cas d'une guerre interétatique, la ferme distinction du combattant régulier et du partisan dont il dénonce par ailleurs l'abandon[127].

Puis, au moyen d'une interprétation non plus historique, mais logique, Schmitt fournit le dernier critère d'une disqualification aboutie des Conventions, en soulignant leur inapplicabilité[128] :

---

[123] L'article 3 § 1 est formulé comme suit : « Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue. »

[124] Schmitt (1963), 1988, p. 227.

[125] Schmitt (1963), 1988, p. 227.

[126] Schmitt (1963), 1988, p. 228.

[127] On sait que certains éléments de cette rhétorique ont été, après le 11 septembre, largement déployés par l'administration Bush pour refuser l'application du droit de guerre aux « combattants illégaux ». Pour un bref aperçu des débats sur cette question, *cf.* Dworkin, 2003 ; Dyzenhaus, 2006 ; Scheppele, 2004 ; Ulmen, 2009. Sur l'influence indirecte de C. Schmitt sur la droite conservatrice américaine, *cf.* Vergniolle de Chantal, 2005.

[128] G. Slomp souligne très justement qu'il existe une similitude entre le refus de soumettre l'exception à la loi dans la théorie de l'état d'exception de Schmitt et la thèse d'après laquelle on ne peut légiférer sur le partisan. Ce qui confirmerait notre interprétation d'après laquelle Schmitt construit implicitement une forme de théorie de l'état d'exception au niveau du droit international, ainsi que nous chercherons à le montrer par la suite. *Cf.* Slomp, 2009, p. 64.

> « Que signifie, par exemple, la règle que les armes soient “portées ouvertement” pour un combattant de la résistance à qui les directives pour la guérilla publiées par l’association suisse (…) recommandent : “ne vous déplacez que de nuit et, de jour, reposez-vous dans les bois”. Ou que représente l’exigence d’un signe distinctif reconnaissable à distance en cas de combat de nuit ou dans le combat des armes à longue portée de la technique militaire moderne ? »[129]

Bien des analystes ont noté l’ambiguïté des critères issus des Conventions de Genève qui n’assimilent un combattant irrégulier aux forces armées régulières qu’à la condition qu’il soit en uniforme et qu’il porte les armes ouvertement, ce qui est bien entendu radicalement incompatible avec la définition même du partisan. Car, ainsi que le note H. Meyrowitz, dès lors que le *jus ad bellum* est marqué par l’inégalité des statuts juridiques des différents belligérants, il renferme la tentation que cette inégalité entraîne une discrimination entre les différents belligérants au regard du droit de la guerre – du *jus in bellum*. Mais, si Schmitt pointe une ambiguïté réelle des Conventions, il s’en sert explicitement pour les invalider[130].

Ainsi, sur un premier volet, Schmitt fournit selon nous une forme de contre-interprétation très limitative des Conventions de 1949, qui constitue un véritable manuel d’interprétation du droit à l’intention des puissances confrontées à la question du partisan. Mais l’argumentation de Schmitt possède ensuite un second objectif stratégique, qui fait cette fois de la question de la limitation de la guerre non plus seulement l’instrument d’une réduction au minimum des droits du partisan, mais bien d’une exclusion du partisan hors de tout cadre juridique et moral. Ce qui nous permet de reéxaminer la distinction des deux grands types de combattants irréguliers admis par le juriste.

B. La « théorie du risque » : un « état d’exception » au niveau du droit international ?

Schmitt distingue, nous l’avons vu, le partisan tellurgique et le partisan révolutionnaire en fonction du caractère localisé ou au contraire délocalisé du combattant. Le partisan tellurgique qui défend sa terre, tout comme le partisan révolutionnaire qui combat au nom d’un idéal de justice universel, remettent également en cause le monopole du *jus ad bellum* détenu par l’Etat. Car l’un comme l’autre décident d’engager le combat hors de tout cadre

[129] Schmitt (1963), 1988, p. 229.
[130] *Cf.* Meyrowitz, 1970, p. 400.

étatique. Néanmoins, le partisan tellurgique ne vise pas la réalisation d'une autre forme d'organisation politique, mais il veut seulement jeter la puissance occupante hors de son territoire. C'est pourquoi le conflit engagé par le résistant est toujours *limité* en termes d'intensité et de durée par son objectif ; car, dès lors que l'ennemi est rejeté hors du territoire, la guerre cesse, et la paix devient possible avec l'ennemi lui-même. Mais il y a plus, car le partisan tellurgique ne désigne pas lui-même l'ennemi : l'ennemi est celui qui porte atteinte au territoire de l'Etat auquel il appartient. En ce sens, l'*hostilité* qui préside à l'engagement armé du partisan tellurgique est une *hostilité relative*, parce qu'elle est relativisée par la reconnaissance de l'Etat, qui demeure le cadre de référence à l'intérieur duquel le résistant qui défend son territoire continue à penser et à agir[131]. En revanche, le partisan révolutionnaire vise à renverser l'Etat au profit d'une norme de justice supérieure. Et, dans ce cadre, le partisan n'a plus un objectif relatif, limité par l'existence de l'Etat, mais bien un objectif absolu, qui remet en cause *l'intégralité de l'ordre mondial* :

> « L'irrégularité de la lutte des classes met en cause non seulement une ligne, mais, au contraire, l'édifice tout entier de l'ordre politique et social. »[132]

Pour Schmitt, l'objectif général de justice qui anime le partisan révolutionnaire donne lieu à une *hostilité absolue*[133]. D'une part, parce que, faute d'une limitation concrète de

[131] Pour G. Slomp, le caractère limité de l'ennemi conventionnel au regard de l'ennemi absolu ne peut être compris chez Schmitt en terme d'intensité, comme le soutient Derrida, mais seulement en terme de cible limitée. En effet, pour Schmitt, la distinction de l'ami et de l'ennemi, qui constitue le critère du politique, exprime le degré extrême d'association ou de dissociation. En interprétant ce degré d'association ou de dissociation en termes d'intensité, Derrida en conclut que toute politique conduit à l'absolutisation de l'ennemi. Par suite, Schmitt se contredirait en s'opposant à l'ennemi absolu. Contre ce raisonnement, G. Slomp oppose que le degré extrême de l'association ne peut s'exprimer en termes d'intensité, puisque l'intensité du politique provient seulement de la possibilité de la mise à mort, qui ne peut être plus ou moins grande. C'est pourquoi l'ennemi absolu n'est pas, selon elle, plus intense que l'ennemi conventionnel, mais simplement plus large dans ses cibles. Une définition de l'ennemi absolu qui part des *effets* de l'hostilité absolue, mais qui ne peut définir l'hostilité absolue comme telle. Celle-ci procède au contraire d'une hostilité qui n'est plus médiatisée par l'Etat. Et en ce sens, il nous semble bien que ce que Schmitt vise par l'hostilité absolue est une hostilité qui confond l'hostilité politique relative et l'hostilité personnelle. Ce qui implique, ainsi que l'a montré Derrida, qu'il existe bien une tension dans la définition de l'hostilité schmittienne caractéristique du politique, puisqu'elle est à la fois une forme de l'hostilité dont l'intensité menace sous toutes ses formes de verser dans la guerre et à la fois une hostilité qui, pour demeurer politique, doit être relativisée par l'Etat. *Cf.* Slomp, pp. 91 et 92, et Derrida, 1994, pp. 151 à 157.

[132] Schmitt (1963), 1988, p. 259.

[133] On sait que R. Aron a contesté la formulation d'une théorie générale du partisan qui gomme les différences fondamentales qui séparent les différents types d'engagements. Pour R. Aron, il faut au contraire distinguer les guerres de partisan en fonction de leur objectif politique, en suivant en cela la théorie générale de la guerre formulée par Clausewitz. Et c'est dans l'articulation des moyens de la guerre à ses objectifs politiques que réside le principe de limitation des diverses formes de guerres de partisan. C'est pourquoi seule une théorie politique de la guerre permet en dernière instance de hiérarchiser les différentes formes d'engagement. Mais Schmitt se refuse à hiérarchiser les types de partisans en fonction de leur objectif

l'objectif visé par l'existence de l'Etat, tous ceux qui s'opposent à la réalisation de l'ordre juste et pour le temps nécessaire à l'événement de cet ordre sont considérés comme des ennemis à combattre. Et, d'autre part, et sans doute beaucoup plus essentiellement, parce la forme de l'engagement se modifie : l'engagement relativisé par la médiation étatique[134], qui maintient la différence entre l'ennemi, au sens public du terme, et l'ennemi privé, suscitant une haine personnelle, cède la place à une hostilité absolue.
C'est Lénine qui aura opéré, selon Schmitt, la transformation du partisan en combattant révolutionnaire, en transposant « le centre de gravité conceptuel de la guerre sur la politique, c'est-à-dire sur la distinction de l'ami et de l'ennemi »[135]. Cette transposition s'opère dans un article intitulé « Le combat de partisan », qui donne suite aux affirmations déjà exprimées dans *Que faire ?*, où Lénine écarte que la révolution prolétarienne s'accomplisse d'elle-même. Un rôle central dans le processus révolutionnaire est alors accordé au partisan, qui engage une guerre *réelle* contre l'ordre bourgeois dès le moment où il distingue de lui-même l'ami et l'ennemi et agit dans l'objectif de renverser sa domination :

> « [Ce que Lénine a pu apprendre de Clausewitz] c'est aussi cette conviction que la distinction de l'ami et de l'ennemi est, à l'ère révolutionnaire, la démarche primaire et qu'elle commande aussi bien la guerre que la politique. Seule la guerre révolutionnaire est une guerre véritable aux yeux de Lénine, parce qu'elle naît de l'hostilité absolue. Tout le reste n'est qu'un jeu conventionnel. »[136]

Ainsi, tandis que, dans l'ordre interétatique classique, la guerre ne peut être déclarée que par un Etat, qui détient le monopole de la désignation de l'ennemi et maintient, par suite, une ferme distinction de la paix et de la guerre, Lénine, a au contraire *politisé la guerre*, en faisant de la désignation de l'ennemi le commencement d'un conflit qui n'a plus besoin de déclaration et qui ne doit s'achever qu'avec le renversement de l'ordre dominant. Une politique qui consiste purement et simplement, au regard de Schmitt, à faire de « la guerre

---

politique, qui ne constitue pas pour le juriste un authentique principe de limitation de la guerre, contrairement à la relativisation étatique. C'est pourquoi, si la guerre de partisan tellurgique est limitée à l'égard de la guerre de partisan révolutionnaire, ce n'est pas en raison de la nature de l'objectif visé, mais parce que l'ennemi du résistant qui défend son territoire est déjà déterminé par l'existence de l'Etat. Schmitt écarte donc toute hiérarchie morale entre les partisans. *Cf.* Aron, 1976, pp. 218 et 219. Sur l'analyse de R. Aron, on peut lire également l'analyse nuancée d'H. L'Heuillet in L'Heuillet, 2009, pp. 29 et 42.

[134] Pour d'autres interprétations du développement de formes de conflits faisant un usage illimité de la violence, il faut lire l'ouvrage très riche d'H. L'Heuillet, in L'Heuillet, 2009.

[135] Schmitt (1963), 1988, p. 302.

[136] Schmitt (1963), 1988, p. 257.

civile nationale et internationale (…) un instrument efficace aux mains de la direction centrale du parti communiste »[137].

Mais le partisan léniniste est encore un professionnel de la révolution. De telle sorte que c'est Mao qui accomplit le dernier pas dans la transformation de la théorie de la guerre révolutionnaire par sa théorie de la guerre subversive, qui donne une base tellurgique au processus révolutionnaire international[138], en fournissant ainsi la méthode globale d'une guerre révolutionnaire de subversion à l'échelle internationale.

Ainsi, Schmitt décrit un véritable processus de subversion de l'ordre mondial encore fondé sur l'Etat au moyen du partisan, qui devient « la pierre de touche par excellence »[139]. Pour Schmitt, ce processus conduit à exiger de chaque individu et de chaque peuple à l'échelle mondiale qu'il prenne position sur l'échiquier politique et distinguant l'ami et l'ennemi, autrement dit *qu'il prenne personnellement parti*. C'est pourquoi ce processus doit inévitablement mener à la guerre civile mondiale.

C'est dans ce cadre qu'il faut comprendre les critiques du juriste à l'encontre des Conventions de Genève et aux conséquences de l'application d'un droit humanitaire aveugle à l'évolution du monde :

> « Il me paraît nécessaire de fonder le critère [du partisan] sur le caractère tellurgique pour rendre évidente dans l'espace la défensive, c'est-à-dire la limitation de l'hostilité et pour préserver des prétentions absolues d'une justice abstraite. »[140]

Pour Schmitt, l'application d'une « justice abstraite » revient à fournir des instruments aux forces subversives[141], qui se voient protégées de la répression des forces régulières, et qui peuvent ainsi mener leur activité discriminatoire à l'intérieur des Etats, en contribuant à instaurer un climat de guerre civile. Le juriste a parfaitement conscience des causes d'une telle réglementation, qui provient en grande partie de la valeur accordée aux mouvements de résistances de la Seconde Guerre mondiale, et d'une volonté de reconnaître un droit

---

137 Schmitt (1963), 1988, pp. 256.

138 Schmitt (1963), 1988, pp. 261.

139 Schmitt (1963), 1988, pp. 235.

140 Schmitt (1963), 1988, p. 223. *Cf.* également Schmitt (1962), 2007, p. 74 : « Le risque est cependant que la méthode de relativisation juridique-positiviste aboutisse dans de nombreux cas au même résultat que la méthode révolutionnaire de relativisation, qui poursuit bien entendu des buts complètement différents. On tend alors à perdre de vue le problème crucial de l'ordre du monde, qui est toujours un problème politique, et un état intermédiaire se trouve légalisé, dont la légalité se met sans grands efforts au service de la guerre révolutionnaire. »

141 Schmitt s'en prend ainsi à la théorie de J.-H. Schmid, qui veut placer la guérilla menée par les civils sous l'égide du droit : « [Schmid] diminue de la sorte le risque du partisan auquel il reconnaît un maximum de droits et de privilèges au détriment de la Puissance occupante. » : Schmitt (1963), 1988, p. 236.

susceptible de protéger celui qui s'engage dans la défense de son territoire. Sans s'attaquer frontalement à cette justification, Schmitt souligne néanmoins la fin d'une telle figure de la résistance dans le monde contemporain, où le partisan motorisé est destiné à se « faire manipuler en instrument d'une agressivité qui vise la révolution mondiale »[142]. En d'autres termes, Schmitt valide l'interprétation très largement répandue à l'époque dans le camp des analystes militaires occidentaux[143], qui voient dans toute guerre de décolonisation l'instrumentalisation des forces révolutionnaires, et dans le droit humanitaire un instrument à leur service, à défaut d'une véritable compréhension de l'évolution réelle du monde :

> « C'est ce défaut de pensée concrète qui a finalement parachevé l'œuvre de destruction des révolutionnaires professionnels. »[144]

Mais le juriste ne se contente pas d'une dénonciation du droit international, ni même de fournir une contre-interprétation des Conventions de Genève à l'usage des forces de la répression. Il produit également une description de la guerre de partisan dont il attribue l'origine aux forces révolutionnaires, sous la forme d'un processus conduisant *nécessairement* vers une logique de guerre juste :

> « [Le partisan est celui qui exécute l'arrêt de mort prononcé contre le criminel, et il risque de son côté d'être traité comme un criminel ou comme un élément nuisible. Telle est la logique d'une guerre à *justa causa* qui ne se reconnaît pas de *justus hostis*. C'est elle qui fait du partisan le véritable personnage central de la guerre. »[145]

Une lecture de la guerre de partisan que l'on peut certes interpréter comme une mise en garde à l'égard d'un processus de dissolution de la guerre réglée, mais qui, par inversion, esquisse nettement l'idée d'après laquelle *celui qui mène une telle guerre le fait à ses risques et périls* :

> « La notion de risque prend un sens plus précis si celui qui agit en prenant des risques le fait "à ses propres risques et périls", en prenant sciemment sur lui les conséquences graves de son action ou

---

[142] Schmitt (1963), 1988, p. 282. *Cf.* également Schmitt (1963), 1988, p. 224.
[143] *Cf.* Périès, 1999, « Des élites juridicisées », p. 528 et ss.
[144] Schmitt (1963), 1988, p. 300.
[145] Schmitt (1963), 1988, p. 235.

> de son omission, de façon à ne pouvoir se plaindre de subir un préjudice si ces conséquences graves le frappent. »[146]

Par cette définition du risque, le juriste introduit un principe de *justification* des formes illégales de répression engagées contre les partisans en attribuant à ces derniers la *responsabilité* des violences qu'ils pourraient subir. Et Schmitt précise même que le risque encouru par les partisans constitue une forme de règle tacite, mais « publique », qui semble assez nettement autoriser les forces armées, à ses yeux, à sortir de toute légalité :

> « [Le partisan] *sait* que l'ennemi le rejettera hors des catégories du droit, de la loi et de l'honneur et il accepte de courir ce risque. »[147]

Avec sa théorie du risque, Schmitt construit donc les bases d'une véritable justification *politique* des activités illégales entreprises par les armées régulières dans le cadre de la lutte contre-révolutionnaire à l'encontre d'un droit international qu'il considère être aveugle aux effets de la protection juridique qu'il accorde aux partisans[148]. La question étant de savoir si le juriste conçoit le principe de justification qui fonde la légitimité des actes commis par l'armée comme un simple principe politique, ou au contraire comme un véritable fondement juridique[149]. Cette interrogation peut être éclairée à la lumière de la lecture produite par Schmitt des événements qui concernent le général Salan.

En effet, pour Schmitt, qui ne masque pas ses sympathies à l'égard du général Salan, ce dernier constitue « l'incarnation symptomatique du dernier stade » de l'évolution du partisan[150]. Le général de l'armée française a effectivement d'abord combattu *en partisan*[151] les combattants irréguliers du FLN et du MNA en Algérie, en prenant appui sur une théorie systématique de la guerre contre-révolutionnaire dont Schmitt n'ignore rien,

---

[146] Schmitt (1963), 1988, p. 234.
[147] Schmitt (1963), 1988, p. 234. Nous soulignons.
[148] Pour Schmitt, le droit international est une vaste entreprise consistant inversement à « assurer » le partisan : « Et voilà comment le partisan devient assurable. » : Schmitt (1963), 1988, p. 237.
[149] On pourrait être tenté d'interpréter la théorie du risque à la lumière de la doctrine des actes administratifs composés, dont Schmitt décrit les principes dans *la Dictature* : « Là où est encore vive l'idée selon laquelle on se met hors la loi par un acte déterminé, que son auteur est ipso facto proscrit, qu'il devient *hostis*, rebelle ou traître à la patrie, il est même hors la loi et peut être exécuté par n'importe qui sans aucune difficultés. » Néanmoins, i faut demeurer prudent sur cette lecture, puisque, dans *la Dictature*, Schmitt souligne qu'une telle théorie de l'acte administratif composé n'est pas conforme à l'essence du droit, en raison de son absence de forme juridique, puisque c'est le fait qui fonde dans un tel cas le droit. Schmitt (1921), 2000, p. 177.
[150] Schmitt (1921), 2000, p. 289.
[151] Sur l'action du colonel Salan, *cf.* Branche, 2001, p. 106 et ss.

puisqu'il cite ses principaux théoriciens en note de bas de page[152]. Suite au référendum du 8 janvier 1961 en métropole, qui se prononce en faveur de l'autodétermination algérienne, le général Salan participe à l'organisation du coup d'Etat du 23 avril 1962 contre le gouvernement français en Algérie, qui échoue très rapidement. Et Salan s'engage alors dans une violente activité terroriste au sein de l'OAS, avant d'être arrêté et jugé devant le Haut Tribunal de justice en mai 1962. Ces événements sont interprétés par le juriste comme l'aboutissement nécessaire de la guerre de partisan, qui conduit un général d'armée à « se transformer lui-même en partisan pour finalement déclarer la guerre civile à son propre commandant suprême et à son gouvernement »[153]. Une analyse qui attribue une fois encore à la logique de la guerre de partisan non seulement les méthodes de l'armée française dirigée par le général Salan, mais l'action terroriste à laquelle il participe ensuite. Cependant, Schmitt souligne l'impossibilité pour le combattant de l'armée régulière de renoncer au fondement de la légalité étatique, sans sombrer lui-même dans la criminalité :

> « La République française est un régime où la loi est souveraine ; c'est là son fondement, dont elle ne saurait admettre le démantèlement par une opposition entre le droit et la loi et par la distinction du droit, instance supérieure. (…) Il n'existe pas de souveraineté du droit qui puisse lui être opposée. Cette souveraineté transforme l'irrégularité du partisan en une illégalité mortelle. »[154]

Ainsi, Schmitt montre que nul membre d'une armée régulière ne peut agir s'il ne fonde son activité sur la légalité étatique. Néanmoins, toute cette analyse ne concerne que la tentative de putsch de Salan, et son activité terroriste qui s'est exercée contre l'Etat français. *Mais il n'est nullement question dans toute cette analyse des actions illégales commises par l'armée française dans le cadre de la lutte contre-révolutionnaire*. Il semble donc que Schmitt esquisse l'idée d'après laquelle *la légitimité étatique peut permettre à l'armée régulière de combattre le partisan en partisan, tant qu'elle conserve un lien avec la légitimité étatique*[155]. Et, dans ce cadre, Schmitt construirait bien une théorie souterraine de

---

[152] Le juriste fait référence aux publications de J. Hogard et du colonel Lacheroy, qui sont deux des principaux théoriciens de la guerre antisubversive durant la guerre d'Algérie et l'ensemble de ses références bibliographiques témoigne d'une connaissance poussée de la littérature portant sur la guerre révolutionnaire et la doctrine militaire contre-révolutionnaire. Il manque évidemment à ses lectures l'ouvrage du colonel Trinquier, *Guerre, subversion, révolution*, qui ne sera publié qu'en 1968. *Cf.* Schmitt (1963), 1988, p. 317, note de bas de page 40.

[153] Schmitt (1963), 1988, p. 290.

[154] Schmitt (1963), 1988, p. 292.

[155] Dans son article portant sur les « Fonctions de la normativité du théologico-politique et de l'exceptionnalité militariste chez Carl Schmitt », G. Périès montre comment un principe de légitimation de l'exceptionnalité qu'il qualifie de théologico-politique, et dont il trouve le modèle théorique dans *Théologie politique* est à l'œuvre dans le cadre de la guerre d'Algérie en prenant appui sur une étude documentée du

l'état d'exception en droit international, fondée sur le maintien d'une souveraineté étatique[156].

Ainsi, le second objectif stratégique du juriste consiste à fournir les principes d'une théorie *politique* de l'état d'exception, fondée sur la légitimité de l'Etat au niveau du droit international, à l'heure de la guerre révolutionnaire[157]. Une telle théorie aurait été juridiquement inacceptable et politiquement inutile si l'ordre interétatique s'était maintenu ; car, tant que l'Etat détient le monopole du politique et que l'ordre interétatique n'est pas remis en question, le partisan peut être traité soit comme un criminel de droit commun, maté par l'application de législations extraordinaires dans le cas d'une guerre civile[158], soit comme un franc-tireur passible des tribunaux militaires dans le cas d'une guerre interétatique. Néanmoins, dès lors que l'ordre interétatique lui-même est remis en cause, et qu'il existe un danger de guerre civile mondiale sous l'effet des forces subversives, il semble que Schmitt esquisse les fondements encore prudents d'une théorie de l'état d'exception fondé sur la nécessité de sauvegarder l'ordre mondial. C'est pourquoi, quelles que soient les réserves que l'on peut émettre sur notre hypothèse, il faut écarter avec force l'idée d'après laquelle l'ouvrage de Schmitt pourrait constituer un écrit théorique, dénué de tout objectif stratégique[159]. La *Théorie du partisan* possède, comme presque l'intégralité des écrits du juriste, un objectif stratégique[160] qui, dans le cas précis de l'ouvrage examiné, est extrêmement circonstancié – et certainement aussi des plus

---

fonctionnement de la doctrine militaire ; ce qui conforterait alors la présente hypothèse portant sur l'interprétation de la *Théorie du partisan*. *Cf.* Périès, 2010.

[156] Cette hypothèse, qui n'est évidemment ni explicite ni aisée à démontrer, doit être avancée avec prudence. Néanmoins, la connaissance du contexte dans lequel Schmitt formule ses analyses invite à cette lecture.

[157] Notre interprétation pourrait être confirmée par la dédicace de la *Théorie du partisan* au constitutionnaliste E. Fortshoff, qui, comme Schmitt, a participé à la légitimation juridique du régime nazi. Le 17 juillet 1958, à l'occasion du 70e anniversaire de Schmitt, E. Fortshoff publie un article dans *Christ und Welt*, au sein duquel il justifie la politique de compromission du juriste. Selon lui, face à la dissolution des ordres étatiques ainsi qu'à la révolution constitutionnelle, le juriste était *obligé* de « prendre parti en faveur de l'ordre », « ordre sans lequel la distinction entre droit *juste* et *injustice (Unrecht)* est impossible ». La défense de l'ordre imposant alors, selon E. Fortshoff, le devoir de s'opposer aux « pouvoirs indirects » qui minent l'unité politique. Ainsi que le souligne E. Kaufmann, qui, dans une lettre ouverte à Fortshoff, dénonce la défense de l'ordre établi qu'une telle déclaration engage, une telle formule désigne « toutes les forces sociales qui ne s'intègrent pas et qui s'opposent à "l'ordre" ». Par suite, en dédicaçant son ouvrage à Fortshoff, et par un jeu de renvois dans lequel Schmitt est passé maître, on peut faire l'hypothèse d'une même forme de justification, face aux forces sociales qui visent à renverser l'ordre mondial. Sur l'article de Fortshoff, *cf.* Kaufmann, 2004.

[158] Schmitt (1963), 1988, pp. 213 et 214.

[159] Pour Cumin en effet : « A proprement parler, sa réflexion n'est pas d'ordre stratégique: pour pluridisciplinaire et multidimensionnelle que fût son œuvre, le savant n'a pas été un stratégiste ; elle s'inscrit dans la poursuite de la réflexion sur le politique. » : Cumin, 2009, p. 51.

[160] Sur la stratégie menée par le juriste après la guerre pour reconstituer un entourage de disciples actifs susceptibles de lui permettre de peser sur la pensée et la politique de son temps par son activité intellectuelle, *cf.* Jouin, 2006, pp. 8 à 10.

douteux. On ne saurait cependant réduire la *Théorie du partisan* à ces objectifs stratégiques. Car, de manière beaucoup plus large, et dans le prolongement de la *Notion de politique,* Schmitt engage également une analyse du politique à l'heure du nouvel ordre mondial, qui témoigne d'une méfiance demeurée constante à l'égard des effets dévastateurs de la démocratie comme immanence sur l'unité politique et sur l'ordre étatique.

C. Le partisan, fruit du principe démocratique d'auto-organisation de la société

La figure du partisan émerge au début du XIXe siècle, à la fois comme un phénomène historique majeur dans la pratique des conflits européens et comme une théorie politique de la guerre, dont la première formulation est attribuée à Clausewitz. L'importance d'une telle formulation est considérable au regard du juriste, en ce qu'elle témoigne d'un changement de conviction des élites intellectuelles européennes à l'égard de la fonction de la nation dans la guerre. Et nous allons voir que c'est ce changement qui engage un véritable bouleversement dans la configuration de l'ordre mondial, qu'il faut placer sous le signe de la démocratie.

C'est au général prussien von Clausewitz que le juriste attribue la première formulation de la théorie du partisan, dont l'origine historique se trouve d'abord dans la guérilla menée par le peuple espagnol entre 1808 et 1812 contre l'armée napoléonienne. Effectivement, le partisan espagnol fut le premier à « oser se battre en irrégulier contre les premières armées régulières modernes »[161]. Et c'est ensuite vers ce modèle que les élites militaires prussiennes se tournent peu après, face à l'imminence d'une défaire contre les troupes napoléoniennes. Pourtant, la guerre de partisan n'eut pas lieu en Prusse ; tout au plus y eut-il, comme le note le juriste en reprenant les termes d'Engels, une « guerre semi-insurrectionnelle »[162]. Elle donne néanmoins naissance au premier « document officiel de la légitimation du partisan de la défense nationale » [163], qu'est l'édit du 21 avril 1813 signé

---

[161] Schmitt (1963), 1988, p. 208. D'un point de vue chronologique, la notion même de guerre irrégulière exigeait auparavant l'instauration de la régularité étatico-militaire, laquelle se développe en France entre 1793 et 1798 et donne naissance à l'armée nationale de masse. Schmitt (1963), 1988, p. 213.
[162] Schmitt (1963), 1988, p. 251.
[163] Schmitt (1963), 1988, pp. 249 et 250.

par le roi de Prusse, qui appelle le peuple à la guerre de partisan contre l'envahisseur. Cet édit, dont le roi de Prusse pressent qu'il pourrait mettre en danger sa légitimité dynastique en introduisant une autre légitimité nationale-révolutionnaire[164], sera modifié trois mois plus tard, « purgé de tout danger partisan »[165]. Mais il marque bien l'entrée en scène du peuple en arme dans le système de la guerre, dont Clausewitz réalise peu après la première théorie systématique dans son grand ouvrage *De la guerre*.

Une telle théorie procède, pour le juriste, de la définition même de la guerre comme continuation de la politique, issue du célèbre chapitre VI B de l'ouvrage.

Effectivement, Clausewitz nie que la guerre constitue une activité distincte et séparée de la politique, qui débuterait avec l'échec de la politique, et qui procéderait par suite de règles et de lois autonomes. Pour Clausewitz, au contraire, « la guerre n'est qu'une continuation du commerce de la politique par le recours à d'autres moyens »[166]. Ce qui signifie d'abord que la guerre n'est pas « une lutte à mort inspirée par l'hostilité », mais « l'expression de la politique » et, par suite, que la *nature* propre d'une guerre est toujours liée aux facteurs politiques de l'époque. En d'autres termes, « les guerres, leurs caractères et leurs contours, doivent être compris avant tout en fonction des facteurs et des conditions politiques »[167]. Mais, ensuite, une telle proposition possède un volet normatif, qui consiste à affirmer que la guerre ne doit pas être soumise à ses seules règles, mais doit demeurer subordonnée à la décision politique[168].

C'est dans ce cadre que Clausewitz intègre les forces nationales dans le système de la guerre, en prenant appui sur la reconnaissance de la légitimité nationale-révolutionnaire dont Fichte, par ses *Discours à la Nation allemande*, constitue le grand théoricien[169]. Pour Clausewitz, les modèles offerts par le partisan espagnol et par la milice prussienne ont bouleversé l'ensemble des facteurs politiques qui déterminent la nature de la guerre. La guerre moderne est désormais une guerre nationale :

> « Tous ces événements ont montré la part colossale du cœur et de l'esprit des nations dans la puissance de l'Etat, de son potentiel de guerre, de son armée. Ayant éprouvé la puissance de ces

[164] Schmitt (1967), 2006, p. 90.
[165] Schmitt (1963), 1988, p. 249.
[166] Clausewitz (1832), 2006, p. 395.
[167] Clausewitz (1832), 2006, p. 398.
[168] Clausewitz (1832), 2006, p. 398.
[169] Schmitt (1967), 2006, p. 100.

> instruments, il est improbable qu'à l'avenir les gouvernements les laissent au râtelier, qu'il s'agisse de survie nationale ou de soif de conquête. »[170]

L'intégration des forces de la nation dans le système de la guerre est le fruit d'une évolution de la politique elle-même, qui voit s'imposer la puissance de la légitimité nationale. C'est pourquoi c'est à l'alliance de l'idéalisme nationaliste, théorisé par Fichte, et du réformisme prussien des années 1801-1812, incarné par les généraux von Clausewitz et von Gneisenau, que Schmitt attribue la « découverte philosophique du partisan »[171]. Elle se formule en particulier dans la théorie de la guérilla, que Clausewitz conçoit non pas comme une simple technique de combat, mais comme une affaire politique de caractère révolutionnaire[172]. Mais c'est bien l'intégralité de sa théorie *politique* de la guerre qui engage au regard du juriste une véritable révolution dans la conception de la guerre.
En formulant une théorie politique de la guerre qui fonde la nature propre des guerres sur le politique, Clausewitz remet en question, pour Schmitt, l'ensemble des distinctions qui fondent le droit moderne des gens. Car on ne peut établir la continuité de la guerre et de la politique sans mettre en péril à la fois le monopole du *jus ad bellum* détenu par l'Etat et la ferme distinction du temps de paix et du temps de guerre. Pourtant, si le politique peut être défini à partir du critère de distinction de l'ami et de l'ennemi dans la perspective toujours ouverte d'une guerre, il pourrait effectivement sembler qu'à chaque unité politique concrète correspond potentiellement une forme de conflit. Mais c'est précisément cette équation que le juriste refuse :

> « Quant au combat militaire considéré en lui-même, il n'est pas la poursuite de la politique par d'autres moyens, pour rappeler la façon, d'ailleurs inexacte, dont on cite habituellement le mot célèbre de Clausewitz ; il a, en tant que guerre, son optique et ses règles propres, stratégiques et autres, qui supposent cependant toutes que la décision politique, celle qui désigne l'ennemi, est un fait donné préalable. »[173]

Pour Schmitt, si les règles de la politique doivent demeurer fermement distinctes des règles de la guerre, c'est d'abord parce qu'une telle séparation maintient, en amont, la décision spécifiquement politique portant sur la désignation de l'ennemi dans les seules mains de l'autorité politique :

---

[170] Clausewitz (1832), 2006, p. 228.
[171] Schmitt (1963), 1988, p. 250.
[172] Schmitt (1963), 1988, p. 251.
[173] Schmitt (1932), 1992, p. 72.

> « Dans une guerre, les adversaires s'affrontent en général ouvertement comme tels, ils se distinguent même normalement par leur uniforme, et de ce fait la discrimination de l'ami et de l'ennemi n'est plus un problème politique que le soldat ou le combattant aurait à résoudre. »[174]

Par sa thèse d'après laquelle la guerre n'est rien d'autre que la continuation de la politique par d'autres moyens, Clausewitz aurait donc *politisé la guerre*, en cédant bien involontairement aux populations appelées à défendre la Nation le pouvoir potentiel de désigner *elles-mêmes* l'ennemi. C'est pourquoi en dernière instance, la théorie de Clausewitz contribue à briser le monopole du politique détenu par l'Etat[175].

Clausewitz est aveugle aux conséquences très radicales de sa théorie, pour Schmitt. Tout d'abord parce que celle-là demeure inscrite dans l'horizon même de l'Etat : Clausewitz demeure un officier de métier, dont le cadre de référence intellectuel est l'Etat[176], ce qui l'empêche de percevoir les implications potentielles de sa conception de la guerre. En outre, le nationalisme sur lequel il prend appui pour fonder la légitimité de la guerre est « une affaire d'hommes cultivés, et non celle du peuple simple, voire analphabète »[177]. En ce sens, Clausewitz ne perçoit pas, contrairement au roi de Prusse lui-même, les dangers qu'il y a à « armer le peuple ». Pour l'officier allemand, l'ennemi est une donnée évidente[178], qui ne pose pas la question de savoir si le peuple pourrait être amené à voir un jour dans l'Etat lui-même son ennemi. Et pourtant, si c'est bien Lénine qui mène à ses conséquences dernières l'esquisse philosophique de la guerre de partisan en brisant le cadre étatique de référence encore présent chez Clausewitz, la théorie du partisan est déjà contenue dans la proposition du général prussien :

> « La formule sur la guerre, continuation de la politique, contient déjà *in nuce* une théorie du partisan dont la logique a été menée jusqu'au bout par Lénine et Mao Tsé-toung (…) »[179]

---

174 Schmitt (1932), 1992, p. 72.

175 C'est pourquoi, en dépit de l'intérêt que présentent les analyses de C. Jouin dans sa *Préface de La guerre civile mondiale*, on ne peut admettre que Schmitt ait fait de Clausewitz le représentant du *Jus Publicum Europaeum* sauf à commettre un contre-sens. *Cf.* Jouin, 2007, p. 19.

176 Schmitt (1963), 1988, p. 252.

177 Schmitt (1963), 1988, p. 250.

178 « Au cœur de cet écrit se trouve une réponse claire à une question claire : quel est le véritable ennemi de la Prusse ? La réponse, dont toutes les conséquences ont été pesées, est Napoléon, l'empereur des Français. » : Schmitt (1967), 2006, p. 90.

179 Schmitt (1963), 1988, p. 211.

Une telle interprétation portant sur les risques liés à la politisation de la guerre dans le cadre des républiques ainsi qu'à l'abandon du droit moderne des gens comme principe de circonscription des guerres n'est pas dénuée de puissance théorique[180]. Néanmoins, il nous semble que l'analyse schmittienne portant sur les sources démocratiques de la dérégulation ainsi que le remède qu'il propose doit conduire à adopter une position d'extrême prudence à l'égard de l'idée d'un retour aux moyens antérieurs de la circonscription de la guerre et plus généralement de la violence, fondés très généralement sur la souveraineté de l'Etat.

Pour Schmitt, c'est le processus de démocratisation qui conduit à la politisation de la société ainsi qu'à la remise en cause du monopole du politique par l'Etat. Cette politisation de la société, que Schmitt dénonce à l'échelle de l'Etat allemand à partir de la fin des années 20, est toujours ce contre quoi le juriste met en garde dans sa théorie du partisan en 1963. Ainsi qu'il l'énonce presque incidemment dans *Le nomos de la Terre* à propos de la Ligue de Genève, nulle institution juridique ne peut garantir l'intégrité des territoires étatiques une fois admis le *droit* des peuples à disposer d'eux-mêmes[181]. Et nul ordre interétatique ne peut perdurer dès lors que l'on reconnaît le *droit* pour des formations politiques non étatiques d'engager un conflit contre une armée étatique. C'est en ce sens que la réflexion menée par Schmitt sur le partisan prolonge une analyse déjà entamée à la fin des années 20 sur la question de l'Etat total. Car, pour Schmitt, c'est toujours la politisation intégrale de la société, née de son auto-organisation, qui mène en dernier lieu à une guerre civile, comprise non pas comme une guerre de tous contre tous, mais bien comme une guerre de *partis*[182] où chacun sera sommé de s'engager, en détruisant à la fois toute unité politique établie et toute possible neutralité. C'est pourquoi c'est bien le principe démocratique de l'auto-organisation de la société, dont on trouve la traduction

---

180 H. L'Heuillet a ainsi clairement établi dans son ouvrage portant sur les sources du terrorisme la filiation qui lie l'armement du peuple et l'avènement des nouvelles formes de guerre dominées par une violence potentiellement absolue, notamment la guerre de partisan. En outre, elle montre par cette origine nationale-révolutionnaire que l'on fournit d'emblée les outils d'une légitimation pour tout acte de violence commis au nom du peuple. De telle sorte qu'une analyse critique des formes de dérégulation et de perte de sens dans l'objectif politique qui anime les nouvelles formes de guerres contemporaines est indispensable. C'est cette analyse que l'ouvrage d'H. L'Heuillet réalise en produisant une intégration originale des analyses de R. Aron et de M. Walzer au moyen d'une intéressante intégration des conditions psychiques qui président à l'essor du terrorisme. *Cf.* L'Heuillet, 2009.

181 Schmitt (1950), 2001, p. 242.

182 « Le vaste débat autour de l'Etat dit total n'a pas encore abouti à une prise de conscience bien nette de ce fait que ce n'est pas, de nos jours, l'Etat en tant que tel, mais bien plutôt le parti révolutionnaire en tant que tel qui représente l'organisation totalitaire proprement dite et, à tout prendre, la seule. » : Schmitt (1963), 1988, p. 219.

floue dans l'idée d'un droit des peuples à disposer d'eux-mêmes[183], que réside pour Schmitt la source de la dislocation d'un ordre concret relativement pacificateur[184].

Or, à ce processus de démocratisation qui conduit à la remise en cause du monopole du politique par l'Etat, Schmitt oppose sa définition du politique en termes d'ami et d'ennemi, qui lui permet à la fois de montrer les dangers de guerre civile[185] liés à la politisation de la société et à la fois de prôner le maintien d'un monopole du politique aux mains de l'Etat[186], ou au moins d'une puissance publique souveraine[187]. Une telle construction possède deux conséquences. D'abord, elle conduit à fonder toute politique publique cohérente sur un effort visant à dépolitiser la sphère sociale, c'est-à-dire à relativiser toute forme d'association sociale en la maintenant dans la sphère privée. Un effort, qui vaut selon nous également de manière comparable à l'échelle de la planète pour le juriste, qui exclut qu'il puisse exister une forme d'équilibre global entre des Etats que l'on proclame égaux à l'encontre de toute réalité concrète[188]. De telle sorte que, par définition même, la politique

---

[183] Pour le juriste, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, constitue un véritable principe de légitimité démocratique au niveau des relations internationales, engendre un ordre universaliste, dont l'égalité proclamée de tous les Etats souverains ne procède plus d'un ordre concret, mais seulement de sa dislocation : « Ce qui prit sa place n'était pas un "système" de relations entre Etats, mais seulement un pêle-mêle de rapports de faits qui coexistent en dehors de tout lien spatial ou systématique, une juxtaposition confuse et sans cohésion spatiale ou spirituelle de plus de cinquante Etats hétérogènes, prétendument égaux et également souverains, ainsi que de leurs possessions dispersées – un chaos sans structure qui n'était plus capable de circonscrire en commun les guerres, et pour lequel en fin de compte même le concept de "civilisation" ne pouvait fournir la substance d'une certaine homogénéité. » : Carl Schmitt (1950), 2001, pp. 231 et 232.

[184] C'est pourquoi l'analyse de G. Slomp qui voit dans l'émergence du partisan le résultat de l'affaiblissement de l'Etat « dans certaines circonstances », nous semble faire abstraction de l'analyse plus générale dans laquelle la théorie du partisan de Schmitt prend place. Sans doute le partisan est-il pour Schmitt « le symptôme d'un Etat "faible" », mais précisément parce que l'évolution démocratique des sociétés a conduit à cet affaiblissement. C'est pourquoi l'usage des théories schmittiennes pour produire une analyse politique générale des phénomènes contemporain est toujours extrêmement périlleux. *Cf.* Slomp, 2009, p. 66 et 67.

[185] C. Jouin a souligné la différence qui sépare l'emploi de la notion de « guerre civile mondiale » chez H. Arendt ou chez E. Nolte et chez C. Schmitt. Pour les premiers, la notion de « guerre civile mondiale » permettait de mettre en lumière une structure analogique entre le fascisme et le communisme soviétique. En revanche, chez Schmitt, elle vise à mettre en lumière la dislocation de l'ordre interétatique. *Cf.* C. Jouin, 2007, pp. 11 à 13.

[186] Dans son bel article sur E. de Vattel, M. Senellart propose de substituer à l'opposition très largement admise de l'approche normativiste et de l'approche décisionniste du droit de la guerre, la distinction de la conception étatique et de la conception républicaine : « L'antagonisme principal, sur le terrain du droit de la guerre, ne serait donc peut-être pas entre une conception décisionniste (Schmitt) et une conception normativiste (Bluntschli) de la souveraineté des États, mais entre une conception strictement étatique de la guerre, ne reconnaissant d'autres combattants légitimes que les troupes régulières, et une conception républicaine, opposant à la logique stratégique des États la légitimité insurrectionnelle du peuple en armes. » : Senellart, 2004, pp. 46-47. Un tel déplacement de point de vue sur le droit de la guerre, qui souligne l'approche rigoureusement étatique de la guerre contre l'idée du peuple en arme nous semble cruciale si l'on veut saisir les enjeux des thèses de Schmitt. Concernant l'opposition généralement admise entre l'approche décisionniste et normativiste du droit de la guerre, on peut voir Ramel, 2009.

[187] *Cf.* Kervégan, 2004, p. 21.

[188] Pour Schmitt, le droit moderne des gens n'a pu se fonder que sur un ordre spatial ou un *nomos* maintenant une distinction entre l'Europe et le monde colonial, conçu comme espace de libre concurrence et de prise

constitue un effort visant à dépolitiser la société et à dépolitiser des espaces géographiques placés en état de minorité. Une dépolitisation qui consiste certes à retirer aux populations le pouvoir de désigner elles-mêmes l'ennemi, mais qui implique, en amont, celui de contrôler et de discriminer les différentes associations qui, par l'intensité de leur engagement, mettent elles-mêmes en jeu une forme de discrimination ami-ennemi qui porte atteinte au monopole du politique étatique et menace l'unité politique de guerre civile.

Mais, ainsi que l'a montré Derrida dans sa puissante étude portant sur le critère du politique chez Schmitt, la définition du politique en termes de degré d'association et de dissociation engage elle-même une forme de continuité entre la politique et la guerre, qui demeure toujours l'horizon de toute association[189]. Reste que, pour Schmitt, c'est

---

territoriale ; car c'est seulement parce qu'il demeurait un espace ouvert à la conquête illimitée qu'un ordre européen régulé par un droit de la guerre interétatique a pu se constituer : « La guerre peut ainsi devenir quelque chose d'analogue à un duel, un recours aux armes entre les personnes morales définies territorialement qui constituent entre elles le *Jus publicum Europaeum* en se partageant entre elles le sol de l'Europe, tandis que le reste non européen du sol de la terre est traité, au sein de cet ordre de l'espace déjà global mais encore entièrement européocentrique, comme libre, c'est-à-dire comme librement occupable par des Etats européens. » : Carl Schmitt (1950), 2001, p. 143. C'est pourquoi c'est la conférence du Congo qui marque les débuts de la dislocation de l'ordre spatial moderne, pour Schmitt. Effectivement, cette conférence, qui se déroule à Berlin à la lisière des années 1884 et 1885 marque d'un côté le couronnement des dernières courses aux prises de possession de territoires coloniaux par l'Europe. Et l'Acte du Congo qui en résulte est d'abord « un document de la foi intacte en la civilisation, le progrès et la liberté du commerce, et de la prétention européenne issue de cette foi sur le sol du continent africain libre, c'est-à-dire ouvert à l'occupation européenne ». Mais, de l'autre côté, la présence d'Etats non européens (notamment des Etats-Unis) d'une part, et surtout l'effort visant à préserver le sol colonial d'une lutte entre européens, témoigne de la dissolution de l'ordre spatial moderne. Car, en intégrant progressivement les territoires coloniaux dans le cadre de la souveraineté des Etats européens, c'est la distinction même de l'Europe et des colonies qui s'effrite (*Cf.* Schmitt [1950], 2001, p. 215). C'est donc avec l'abandon de la prétention des Etats européens à maintenir leur domination sur un espace de guerre illimitée que débute la fin de l'ordre interétatique, et, dans son prolongement, c'est le processus de décolonisation qui constitue la fin d'un ordre spatial fondé sur une égalité relative *réelle* des Etats. Une thèse qui signifie d'abord que nul ordre juridique ne s'impose par un simple effort de volonté d'une puissance quelconque, mais qu'il repose toujours sur un système global dont l'équilibre est fondé sur la prise de terre. Et c'est pourquoi à ses yeux c'est seulement parce qu'il existe encore un espace ouvert à la conquête que l'Europe, qu'un état de relatif équilibre entre des puissances souveraines se reconnaissant mutuellement, a pu s'établir. Mais ensuite, on peut interpréter cette thèse à la lumière de la théorie schmittienne du politique. Au sens où, pour Schmitt, c'est à la seule existence d'un centre de décision capable de discriminer l'ami de l'ennemi et d'engager la guerre en dernière instance que l'on reconnaît l'existence d'une véritable unité politique souveraine (Schmitt [1932], 1992, p. 79). De telle sorte que, en vertu du déséquilibre de fait des puissances militaires, « un petit nombre d'Etats seulement, grâce à leur puissance industrielle, peuvent encore mener une guerre qui ait des chances de succès, alors que des Etats de taille et de puissance moindres renoncent de gré ou de force au *jus belli* quand ils n'arrivent pas à sauvegarder leur indépendance en pratiquant une politique d'alliances. » : Schmitt (1932), 1992, p. 85. Une lecture qui ne peut être interprétée comme un simple réalisme politique, mais qui consiste bien plus certainement à justifier que des Etats incapables de mener une véritable guerre soit placés en état de minorité par d'autres puissances qui pourront discriminer dans leur intérêt l'ennemi et l'ami de l'Etat placé en position de faiblesse. Et, sous cet angle, la thèse de L. Odysseos, qui prend appui sur une lecture de Schmitt pour soutenir qu'un discours de l'humanité dresse une ligne toujours plus dangereuse que celle qui sépare européen et non européen nous semble formuler un paradoxe des plus dangereux. *Cf.* Odysseos, 2007, p. 126.

[189] Sur la continuité du politique et de la guerre dans la théorie du politique de Carl Schmitt, *cf.* Tuchscherer, 2004.

précisément parce que la guerre est l'horizon de la politique et que toute association mène potentiellement à la guerre qu'il faut *dépolitiser les relations sociales et maintenir le ferme monopole du politique dans les mains de l'Etat*. Par ce monopole, l'Etat permettrait de maintenir une ferme distinction entre une hostilité relative et une hostilité absolue, entre l'ennemi public et l'ennemi privé, qui permet seule de relativiser la violence.

Cependant, Derrida montre qu'il existe bien une tension à l'intérieur même de la définition de l'hostilité schmittienne caractéristique du politique. Car d'un côté, Schmitt définit l'hostilité au moyen de la distinction de l'*hostis* et de l'*inimicus*, de l'ennemi public et de l'ennemi privé, qui garantit selon lui la différence entre une hostilité limitée et une hostilité absolue. Mais de l'autre côté, l'hostilité se laisse décrire par son *intensité*, qui menace *toute forme d'association* de verser dans la guerre[190]. De telle sorte que, par son ambiguïté même, la définition de la politique comme distinction de l'ami et de l'ennemi est *déjà* porteuse d'une absolutisation de l'ennemi.

On ne peut donc à la fois prétendre définir le politique comme capacité de distinguer l'ami et de l'ennemi et au même moment vouloir maintenir le monopole du politique par l'Etat, car la définition même de l'hostilité qui justifie cette construction engage déjà une absolutisation de l'ennemi au niveau de l'Etat lui-même. C'est-à-dire qu'une telle politique, lorsqu'elle désigne l'ennemi public, confond *déjà* l'ennemi public et l'ennemi privé. C'est pourquoi si la dépolitisation doit être définie comme une forme de neutralité à l'égard des valeurs défendue par les divers groupements humains, il semble qu'une telle dépolitisation doive être effectivement souhaitable, et qu'elle ne peut évidemment pas se réduire à la société elle-même : elle doit être une politique publique.

Mais en outre, on peut se demander si ce n'est pas l'effort que les Etats ont engagé pour maintenir une ferme distinction de la sphère sociale et de la sphère politique, ainsi que pour repousser systématiquement les immixtions des revendications sociales lorsqu'elles ne se produisent pas par un biais institutionnel dans la sphère privée, qui politise les sociétés au sens schmittien du terme, c'est-à-dire qui les conduit à déterminer leur ennemi *pour se maintenir dans la sphère du politique*. En d'autres termes, la radicalisation même des thèses schmittienne en faveur d'une théorie ultra-autoritaire pour répondre à la politisation dangereuse de la société nous amène à nous demander si l'on ne peut pas comprendre l'émergence de l'état d'exception étatique comme le fruit d'une volonté de répondre aux risques engendrés par le processus historique de démocratisation des sociétés par une

[190] *Cf.* Derrida, 1994, chapitres 4 et 5.

politique cohérente de dépolitisation de la société, dont il nous semble qu'elle produit toujours le danger d'une radicalisation des formes d'intervention dans la sphère publique de groupes qui cherchent d'abord à se maintenir dans la sphère politique. Une interrogation que nous souhaiterions approfondir dans notre conclusion, après un rappel du parcours accompli dans ce travail.

CONCLUSION GENERALE

Chemin parcouru

A l'issue de notre recherche, nous voudrions, après avoir récapitulé les grandes étapes de ce travail, formuler deux hypothèses, dont l'une porte sur la théorie schmittienne de l'état d'exception et l'autre, plus généralement, sur les relations qui lient l'état d'exception et la démocratie.

Pour cadre de notre réflexion portant sur la notion d'état d'exception, dont les incidences sur la pensée contemporaine sont majeures, nous avons choisi de partir de l'émergence de la théorie juridique sur les pouvoirs exceptionnels dans l'entre-deux-guerres en France et en Allemagne. Cet effort théorique constitue l'une des premières formulations *juridiques* de ce que l'on désigne désormais sous la notion d'état d'exception. En raison du rôle joué par les pouvoirs exceptionnels dans l'arrivée des régimes autoritaires ainsi que des accusations portées à l'encontre du positivisme d'avoir favorisé cette accession, toute réflexion portant sur les pouvoirs de crise est désormais soumise à l'éclairage de ces événements dramatiques. Notre étude ne prétend cependant ni mesurer le poids de ces législations ou de ces théories, ni même, à la limite, savoir si ce rôle fut véritablement déterminant dans l'arrivée du nazisme, mais elle a plutôt cherché à comprendre les principaux enjeux de ces pouvoirs exceptionnels dans la doctrine et la théorie du droit de l'époque, en prenant appui, en France, sur trois grandes figures du droit et, en Allemagne, sur un important conflit juridique portant sur l'interprétation de l'article 48 de la Constitution de Weimar.

Il nous est apparu d'abord que la réflexion juridique qui s'est développée après la guerre en France sur les pouvoirs exceptionnels ne peut être comprise que dans le cadre de la crise du parlementarisme, qui désigne l'instauration d'une véritable défiance d'une partie des élites politiques et juridiques de l'époque à l'égard du législateur. Effectivement, à un moment où la démocratisation du régime soumet le Parlement à une diversité d'intérêts contradictoires, et où la crainte d'une « domination des masses » émeut ces élites, l'Assemblée se voit alors accusée d'être à la fois source d'inefficacité et d'omnipotence, et bien des juristes développent des théories du droit favorables à l'augmentation du pouvoir

de l'exécutif et de l'administration. Nous avons vu alors que les différentes interprétations des règlements de nécessité, tout comme la théorie des circonstances exceptionnelles, engagent des positions cohérentes autour de la question du parlementarisme, dont on s'accorde à penser qu'il est alors en crise. Ainsi, en dépit des profondes divergences qui séparent la théorie de Hauriou de celle de Duguit, l'un comme l'autre articulent leur réflexion portant sur les pouvoirs de crise autour de la toute-puissance supposée du parlementarisme, qu'ils entendent clairement relativiser. Inversement, la théorie de Carré de Malberg témoigne, dans un premier temps, d'un effort visant à préserver les pouvoirs du Parlement, conçu comme l'expression de la volonté populaire. La question déterminante étant alors de savoir à quel organe (exécutif, législatif, judiciaire) il revient d'exercer les pouvoirs exceptionnels ainsi que leur contrôle, dans l'objectif d'asseoir ou, au contraire, de limiter les pouvoirs du Parlement.

Concernant l'Allemagne ensuite, la question des pouvoirs de crise émerge dans un contexte politique très différent : celui de la naissance de la République, qui s'est construite à la fois contre la monarchie et contre une république des Conseils. Dans ce cadre, la formulation même de l'article 48 s'inscrit d'abord au sein d'un effort systématique visant à équilibrer les pouvoirs de manière à relativiser la puissance de l'Assemblée, non sans une certaine conformité avec la démarche conservatrice française. Néanmoins, nous avons vu ensuite que la scission doctrinale qui s'est développée autour de l'interprétation de l'article 48 et de l'article 76 procède d'une opposition entre les juristes favorables à la République, qui cherchent à défendre à la fois le strict respect du principe de légalité et la primauté de l'Assemblée, et les juristes conservateurs, qui lui sont opposés ou demeurent très réservés à son égard, qui souhaitent inversement contrer les pouvoirs de l'Assemblée au profit de l'exécutif.

La théorie de Carl Schmitt constitue la principale source de cette étude, en raison de la place qu'occupe la question de l'état d'exception dans sa pensée, ainsi que des répercussions actuelles de sa théorie, sans négliger enfin le rôle qu'il aura joué sur l'évolution du régime vers un système présidentialiste qui a, pour sa part, très certainement favorisé l'arrivée au pouvoir des nazis. Nous avons d'abord vu que la première théorie de la dictature de Schmitt s'inscrit dans le prolongement de celle de Hauriou, au sens où, pour Schmitt comme pour le juriste toulousain, c'est d'abord la suprématie de l'Assemblée qui pose problème dans le cadre d'une démocratie. En revanche, contrairement à Hauriou, Schmitt ne voit pas dans l'Etat de droit un outil permettant de contrer la toute-puissance du Parlement, mais bien plutôt le support aveugle d'un absolutisme parlementaire risquant de

conduire vers une dictature populaire en raison de son interprétation très formelle. De manière plus générale, il nous est apparu qu'à l'encontre des critiques de l'après-guerre qui se sont multipliées contre le positivisme juridique accusé d'avoir favorisé l'arrivée au pouvoir du nazisme ainsi que son maintien, c'est bien plutôt l'antipositivisme associé à un antiparlementarisme virulent qui mène à la défense d'une conception de plus en plus présidentialiste de l'Etat.

Dans le second moment de notre étude, nous avons suivi les transformations de la réflexion de Carl Schmitt sur la question des pouvoirs exceptionnels, dans le but de montrer que, en dépit de l'interprétation la plus généralement admise de ses thèses, le juriste n'a pas pour principale cible le libéralisme, ni le rationalisme politique, mais bien la démocratie.

Pour le juriste, en effet, à partir de 1922, c'est l'idée d'après laquelle il serait possible de fonder un ordre politique sur le double principe de l'autonomie de la raison individuelle *et* de l'auto-organisation immanente qui fait toujours question en dernière instance. Et, sous cet angle, les deux véritables cibles théoriques de Schmitt sont, d'un côté, le socialisme anarchiste, et de l'autre la démocratie procédurale de Kelsen, que l'on ne peut pas identifier sans autre forme de procès au libéralisme en général. Pour le juriste, il s'agit de défendre, contre une conception immanente de l'organisation politique, qu'il considère être dépolitisante, le principe d'une théorie du politique fondée sur la transcendance du pouvoir – qu'il qualifie de théologie politique. Dans ce cadre, la théorie de l'état d'exception permet au juriste, d'une part, de montrer les limites de toute conception immanente de l'organisation politique, et, d'autre part, elle lui permet de construire une définition de la souveraineté qui délocalise son expression hors de l'Assemblée. Mais, parce que le juriste est pleinement conscient du caractère désormais incontournable de la légitimité démocratique, il fonde ensuite une théorie substantielle de la démocratie, qui, sur le modèle du fascisme italien, lui permet d'aspirer la volonté populaire dans l'autorité supposée l'incarner, non sans mettre du même geste la dictature au service de la démocratie.

Sans doute faut-il voir ensuite dans l'accélération des crises politiques en Allemagne et dans le développement progressif d'un pouvoir paralégislatif dans les mains de l'exécutif, la source d'une modification dans la stratégie du juriste à l'égard du parlementarisme libéral. Car Schmitt radicalise certainement progressivement sa critique à l'égard du parlementarisme et de l'Etat législateur, dont il accuse la neutralité et le formalisme d'être responsables de l'instrumentalisation de l'Etat par des « forces anticonstitutionnelles ». Et, par sa critique antiparlementaire, tout comme par son interprétation de la Constitution, le

juriste participe activement, à n'en pas douter, au virage de la République de Weimar vers un régime présidentialiste de plus en plus autoritaire.

Néanmoins, nous avons écarté la grille de lecture proposée par David Dyzenhaus, qui consiste par avance à interpréter les enjeux de la théorie schmittienne à l'aulne de son antilibéralisme. Il nous semble au contraire que le juriste maintient dès 1928 une double stratégie à l'égard du libéralisme : d'un côté, il dénonce certes l'impuissance de ce dernier à maintenir l'unité politique, ainsi qu'à se préserver lui-même d'une destruction sous l'action des forces antilibérales ; mais, de l'autre côté, il invite continûment les conservateurs libéraux à sortir de la neutralité pour assurer la défense des valeurs substantielles intangibles de l'Etat de droit bien compris – en usant, si nécessaire, d'une interprétation élargie des pouvoirs dictatoriaux du Président. Une double stratégie qui montre selon nous que la critique antilibérale et antirationaliste de Schmitt est toujours soumise à une autre cible, qu'il est possible de désigner nommément à partir du dernier quart des années 20, comme étant le pluralisme.

Dans le dernier moment de ce travail, nous nous sommes donc penchés sur la critique schmittienne du pluralisme, qui se développe selon nous avant la guerre au niveau du droit interne, mais également après la guerre, au niveau du droit international, dans la question du partisan. L'évolution pluraliste de l'Etat neutre vers l'Etat total est interprétée par le juriste comme le fruit de la politisation de la société démocratique qui met fin au monopole de l'activité politique détenu par l'Etat. Et, sous cet angle, nous soutenons que la critique de la possible instrumentalisation de l'Etat par les forces sociales prolonge celle de la démocratie immanente. Ce qu'il rejette toujours radicalement est le principe de l'auto-organisation sociale, qui mène à ses yeux à la politisation la plus aboutie de la société ainsi qu'à l'affaiblissement du monopole du politique auparavant détenu par l'Etat. Et, nous avons voulu montrer que c'est contre ce phénomène que le juriste développe sa théorie du politique autour du critère de l'ami et de l'ennemi, qui constitue un outil visant à la fois à dénoncer les risques de guerre civile issus de la confusion de la société et de l'Etat, et un moyen de contrer ce phénomène en faisant du maintien d'une puissance souveraine capable de discriminer l'ennemi le fondement indépassable de l'unité politique.

Après la Seconde Guerre mondiale, Schmitt maintient selon nous cette grille d'analyse dans le cadre de sa réflexion portant sur la guerre irrégulière de partisan, qui constitue pour lui la pierre de touche du nouvel ordre mondial. Pour Schmitt, les démocraties contemporaines doivent impérativement limiter et relativiser les effets de la politisation des sociétés en garantissant l'existence d'un pouvoir souverain détenant le monopole du

politique, sauf à plonger dans la guerre civile mondiale. Ce qui nous a conduit à formuler d'une part une première hypothèse portant sur l'état d'exception dans les démocraties, et d'autre part une interrogation à laquelle nous souhaiterions répondre dans ce qui suit.

Tout d'abord, en prenant appui sur la théorie du politique de Schmitt, il nous semble possible d'affirmer que toute politique qui prétend préserver l'Etat des risques du pluralisme au moyen d'une politique de discrimination de l'ami et de l'ennemi introduit elle-même une confusion entre une forme d'hostilité supposément neutre et politique et une forme d'hostilité « privée » ; par suite, elle sème elle-même en quelque sorte les germes de la guerre civile. Ce qui nous a conduits à soutenir qu'on ne peut relativiser les oppositions nées d'un pluralisme politique qu'au moyen d'une authentique neutralité politique.

Mais ensuite, en prenant appui sur la théorie de Schmitt, nous nous sommes demandé si l'on ne peut pas comprendre l'émergence de la conception juridico-politique de l'état d'exception comme l'une des réponses aux risques engendrés par le processus historique de démocratisation des sociétés. Et, dans ce cadre, notre principale interrogation porte sur le fait de savoir si ce n'est pas l'effort constant des gouvernements pour dépolitiser toutes les interventions des acteurs non étatiques dans un cadre non institutionnalisé, qui ne conduit pas à la politisation de ces acteurs au sens schmittien du terme : la politique de dépolitisation ne mène-t-elle pas certains acteurs sociaux à faire de l'Etat ou de personnalités publiques leur ennemi *pour se maintenir dans la sphère du politique*.

C'est à cette interrogation que nous voudrions tenter de répondre dans ce qui suit en prenant appui sur l'hypothèse d'Agamben, pour lequel il existe un dialogue sourd entre Schmitt et Benjamin, qui aurait largement déterminé l'évolution de la théorie du juriste.

Le spectre de l' « état d'exception démocratique »

Au sein de son ouvrage aussi controversé qu'il est désormais célèbre, *Etat d'exception*, Agamben émet l'hypothèse d'après laquelle l'évolution de la théorie schmittienne de l'exception entre *la Dictature* et *Théologie politique* serait due à un débat non explicite entre Benjamin et Schmitt[191]. Plus exactement, *Théologie politique* serait une réponse à la *Critique de la violence*, publiée dans les *Archiv für Sozialwissenschaft*[192] en août 1921. Pour asseoir cette hypothèse, Agamben note qu'un « dépouillement attentif des notes de

[191] Agamben, 2003, pp. 89 et 90.
[192] *Cf. Archiv für Sozialwissenschat und Sozialpolitik* , t. 47, août 1921, n°3, pp. 809 à 832.

bas de page et de la bibliographie de ses écrits montrent que, dès 1915, il lisait régulièrement cette revue »[193]. Agamben ajoute que le juriste a également publié de nombreux articles au sein de la revue à partir de 1924[194]. Mais c'est surtout le contenu même des œuvres de Benjamin et de Schmitt qui témoignent d'un tel dialogue souterrain[195], dont nous n'examinerons que la première étape, qui concerne la *Critique de la violence* et la réponse engagée dans *Théologie politique*.

L'ouvrage publié par Benjamin en 1921[196] se donne pour objectif d'évaluer la violence. Mais, à l'encontre des principales théories du droit pour lesquelles les finalités de la violence permettent son évaluation[197], Benjamin veut l'évaluer en elle-même. Cependant, parce que la violence ne devient telle que dès qu'elle touche à des rapports moraux, c'est-à-dire à des rapports de justice et de droit, c'est d'abord la relation spécifique qui lie la violence et le droit qui fait l'objet de l'attention du philosophe. C'est à la lumière de la tendance du droit européen qui cherche à bannir *tout* usage de la violence *par les individus* comme moyen pour atteindre leurs fins que Benjamin définit ce rapport. Car, dès lors que le droit exclut tout usage individuel de la violence – et non pas seulement l'usage contraire aux fins reconnues comme légitimes – il faut admettre qu'une telle violence individuelle est perçue comme un danger *pour l'ordre juridique lui-même*[198].

---

[193] Agamben, 2003, p. 90.
[194] Pour compléter cette interprétation, on peut également mentionner le fait que dans *Parlementarisme et Démocratie* (1923), Schmitt se réfère explicitement à l'étude de Kelsen portant sur *La nature et la valeur de la démocratie* (1921), qui fut publié dans ce même numéro 47 des *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, où paraît l'article de Benjamin. Etant donné que, dès *Théologie politique*, Schmitt s'attaque à la théorie mécaniste de la démocratie de Kelsen, il est aisé de supposer que Schmitt a lu cet article dès sa parution. *Cf.* Schmitt (1923), 1988, p. 31.
[195] Notons par ailleurs que Benjamin lui-même reconnaîtra l'influence qu'aura exercée Schmitt sur sa théorie de la souveraineté. On sait que, dans une lettre de Benjamin à Schmitt du 9 décembre 1930, qui fait suite à la publication de son nouvel ouvrage *Origine du drame baroque allemand*, Benjamin souligne la dette qu'il a à l'égard de la théorie de la souveraineté du juriste. La lettre de Benjamin est reproduite dans Taubes, 2003, pp. 51 et 52. Sur les relations entre Benjamin et Schmitt, *cf.* Taubes, (1987), 2003 et Bredekamp, 1999, p. 247 et ss.
[196] Sur le projet initial de Benjamin ainsi que le contexte dans lequel Benjamin écrit sa *Critique de la violence*, *cf.* Kambas, 1984, p. 76 et ss.
[197] C'est ce dont témoignent à ses yeux aussi bien les théories du droit naturel que celles du droit positif, qui « se rejoignent dans le dogme fondamental commun selon lequel on peut atteindre par des moyens légitimes à des fins justes et employer des moyens légitimes pour réaliser des fins justes ». Car, si, pour le premier, il existe évidemment un droit naturel à user de violence pour sa préservation, inversement, pour le positivisme, le droit positif détermine les moyens que les individus peuvent légitimement user pour atteindre leurs fins. Autrement dit, pour les deux écoles, c'est toujours la relation de la violence comme moyen à ses fins qui permet de juger de la justesse de l'usage de la violence. *Cf.* Benjamin (1921), 2000, p. 212.
[198] « (…) il faudra peut-être considérer la surprenante possibilité que l'intérêt du droit à monopoliser la violence, en l'interdisant à l'individu, ne s'explique point par l'intention de protéger les fins légales, mais bien plutôt par celle de protéger le droit lui-même. » : Benjamin (1921), 2000, p. 215.

Pour comprendre les raisons d'une telle crainte du droit à l'égard de l'usage privé de la violence, Benjamin observe les cas spécifiques où d'autres sujets de droit que l'Etat reçoivent l'autorisation légale d'user de la violence, en particulier dans le droit de grève. La grève, qui n'est jamais qu'une suspension de l'activité, semble d'abord ne pas pouvoir être qualifiée de violence. Pourtant, l'Etat lui-même la considère, dans certaines situations, comme illégale et violente. C'est le cas en particulier dès qu'elle devient un danger pour le droit lui-même, c'est-à-dire lorsqu'elle est en mesure de transformer les relations de droit[199]. C'est pourquoi la grève peut bien être considérée comme une forme de violence, selon Benjamin, dès lors qu'elle constitue un chantage ou un moyen visant à modifier le droit. Et, à ce titre, il existe bien une contradiction objective dans le droit lorsqu'il concède un droit de grève. On retrouve la même contradiction dans le droit de guerre. Car le droit de guerre a effectivement pour but de sanctionner juridiquement un usage de la violence qui, potentiellement, peut conduire à renverser le droit lui-même. Mais les raisons de l'effort constant du droit visant à monopoliser la violence apparaissent alors pleinement :

> « Si, à partir de la violence guerrière considérée comme originaire et archétypique, on se permet de tirer des conclusions concernant toute violence qui vise des fins naturelles, on dira qu'il n'est aucune violence de ce genre qui ne soit en elle-même fondatrice de droit. »[200]

Ainsi, c'est bien parce que la violence est potentiellement fondatrice de droit qu'elle est considérée comme dangereuse par le droit lui-même qui en refuse tout usage aux individus[201] et en réclame inversement le monopole pour se conserver. C'est dans ce cadre que Benjamin fait explicitement référence à *la Dictature*, en distinguant, sur le modèle de la dictature souveraine et de la dictature de commissaire, une violence fondatrice de droit et une violence conservatrice de droit[202]. En posant ces deux notions cardinales, Benjamin reconnaît pleinement le lien qui soude le droit à l'exercice de la puissance souveraine, qui permettait à Schmitt de défendre le caractère juridique de la dictature, c'est-à-dire de réfuter les interprétations qui ne voient dans cette dernière qu'un pur et simple exercice de la violence hors du droit. Mais, par son appellation même, Benjamin refuse de distinguer la

---

199 « Une telle conduite, en effet, là où elle est active, mérite d'être appelée violence lorsqu'elle utilise le droit qui lui est concédé pour détruire l'ordre de droit qui fonde cette concession ; mais, même là où elle reste passive, on ne devrait pas moins la définir comme violente lorsqu'il s'agit, dans le sens de la réflexion développée ci-dessus, d'un chantage. » : Benjamin (1921), 2000, pp. 217 et 218.
200 Benjamin (1921), 2000, p. 219.
201 Benjamin (1921), 2000, p. 219.
202 Benjamin (1921), 2000, p. 220.

puissance étatique lorsqu'elle est au service du droit d'un pur et simple exercice de la violence.

Dès lors, la critique de la violence permet de montrer que toute violence utilisée comme un moyen légitime pour atteindre des fins est nécessairement *déjà* en conflit avec ces fins, parce que, en fondant un nouveau droit, elle fait par avance reposer le droit et son maintien sur la violence elle-même. Parce que le droit est toujours fondé et maintenu par la violence, il n'est jamais autre chose que de la force convertie en droit – et cela quel que soit son contenu ou sa finalité[203].

C'est pourquoi Benjamin oppose ensuite à la violence comme moyen de régler les conflits d'autres moyens non violents, qui sont toujours seulement des *moyens purs*, c'est-à-dire des techniques visant à organiser l'accord entre les individus sans aucun recours à la violence. Mais, selon Benjamin*, la violence elle-même peut être, sous certaines conditions, considérée comme un moyen pur, précisément lorsqu'elle n'est pas un moyen pour une fin*. C'est le cas en particulier de la grève générale prolétarienne, que Benjamin distingue, à la suite de Sorel, de la grève générale politique[204]. Pour Sorel en effet, la grève politique générale est liée par l'objectif politique que les cadres socialistes lui ont fixé, et elle est donc toujours en dernière instance un moyen déterminé par une fin, autrement dit une violence au service d'un nouvel ordre juridique qui reconduit les rapports intrinsèques de la violence et du droit. En revanche, « la grève générale prolétarienne s'assigne comme seule et unique tâche de détruire la violence de l'Etat »[205]. C'est pourquoi, pour Benjamin, la grève générale prolétarienne peut être considérée comme une violence pure[206] de sa nature propre, non violente[207].

---

[203] « Comme fondatrice de droit, la violence, en effet, a une double fonction, en ce sens que la fondation de droit s'efforce certes, par le moyen de la violence, d'atteindre comme sa fin cela même qui est instauré comme droit, mais au moment même où elle instaure comme droit ce qui est sa fin, au lieu de congédier a violence, maintenant seulement elle en fait une violence fondatrice de droit au sens rigoureux, c'est-à-dire de façon immédiate, puisqu'elle établit, sous le nom de pouvoir, une fin non pas tant libérée et indépendante de la violence, mais, en tant que droit, liée à elle de façon nécessaire et intérieure. La fondation de droit est une fondation de pouvoir et, dans cette mesure, un acte de manifestation immédiate de la violence. » : Benjamin (1921), 2000, 235-236.

[204] Sur le rapport de Benjamin à Sorel, *cf.* Kambas, 1984.

[205] Benjamin (1921), 2000, p. 230.

[206] Une telle théorie de la violence pure, Benjamin en est conscient, risque d'être incriminée de laisser « aux hommes le champ libre pour exercer les uns contre les autres la violence qui donne la mort ». Mais selon lui, une telle violence se fonde précisément sur le fait que donner la mort ne peut jamais être *justifié*. Néanmoins, parce qu'une telle violence s'annonce comme une pure destruction du droit dans une situation exceptionnelle elle ne peut être mesurée à l'aulne d'aucune norme universelle préétablie, mais relève seulement de la responsabilité de ceux qui auront à l'assumer. *Cf.* Benjamin (1921), 2000, p. 239.

[207] « Tandis que la première forme de cessation du travail est une violence puisqu'elle ne provoque qu'une modification extérieure des conditions de travail, la seconde, comme moyen pur, est non violente. Car elle ne se produit pas avec le projet de reprendre le travail après des concessions extérieures et quelque modification des conditions de travail, mais avec la résolution de ne reprendre qu'un travail complètement transformé, non

Selon Agamben, c'est pour contrer la possibilité d'une violence hors du droit que Schmitt aurait produit sa théorie articulée de l'état d'exception et de la souveraineté dans *Théologie politique,* conçue pour « neutraliser la violence pure et (…) assurer la relation *entre l'anomie et le contexte juridique* »[208]. Mais Agamben n'examine pas ce que signifie concrètement cette violence pure que Schmitt veut à tout prix maintenir *dans* le droit ; plus exactement, il la caractérise comme une forme d'*anomie*[209] sur le modèle même de sa conception de l'état d'exception – qui met en relation le pouvoir souverain et « la vie nue »[210]. Cependant, en définissant la vie hors du droit comme une forme de vie nue, et la violence pure théorisée par Benjamin comme l'une de ses expressions, Giorgio Agamben manque selon nous le caractère politique de cette violence pure. Car celle-ci consiste en une forme d'action qui brise le droit, certes, non pas parce qu'elle donne lieu à l'application de législations d'exception ni, comme tente de rétorquer Schmitt, parce qu'elle engendre la décision souveraine consistant à suspendre le droit, mais parce qu'elle enraye l'application du droit par un pur et simple refus d'obéir, comme en témoigne l'exemple clef de la grève générale[211]. En d'autres termes, la violence pure consiste en une action concertée et organisée de la société civile, et nullement une forme de vie nue laissée à elle-même : elle est donc intrinsèquement politique.

---

imposé par l'Etat ; (…) Ainsi la première de ces entreprises est fondatrice de droit, la seconde, au contraire, est anarchiste. » : Agamben, 2003, p. 231.

[208] Agamben, 2003, p. 94.

[209] Pour Agamben, « la stratégie de la *Critique de la violence* avait pour but d'assurer l'existence d'une violence pure *et anomique* », à l'encontre des efforts de Schmitt, qui veut au contraire « ramener une telle violence dans un contexte juridique. » : Agamben, 2003, p. 92.

[210] Pour le philosophe italien, l'état d'exception, qu'il définit à partir de la théorie schmittienne comme un effort visant à maîtriser toute forme de violence hors du droit, constitue le fondement propre du droit moderne occidental. Ce dernier vise à ses yeux à assurer le rapport de la vie nue au droit, au moyen du dispositif juridique spécifique de l'état d'exception qui permet de réaliser cette articulation grâce à une séparation du droit et de sa *vis obligandi*. Ce qui signifie, d'une part, que « l'état d'exception n'est pas une dictature (constitutionnelle ou inconstitutionnelle, de commissaire ou souveraine), mais un espace vide de droit où toutes les déterminations juridiques (…) sont désactivées. » : Agamben, 2003, p. 86 ; et, d'autre part, que c'est par cet espace vide de droit qu'il serait possible de maintenir le lien de la vie nue et du droit par l'application illimitée de la violence se justifiant d'une décision souveraine. Sur le fondement d'une étude de l'évolution générale du droit depuis la fin de l'Empire romain, Agamben peut ensuite soutenir que l'état d'exception ayant été progressivement intégré dans la souveraineté moderne, nous serions progressivement entrés dans un état d'exception permanent, faisant en dernière instance du camp la véritable matrice de la politique de notre époque. *Cf.*, Agamben, 2002.

[211] F. Proust a clairement souligné ce point dans son ouvrage *l'Histoire à contretemps* : « Seules, en effet, les "grèves politiques", c'est-à-dire les simples "interruptions d'activités", suspendent *et* la violence de la grève *et* la logique du droit. Elles détournent le droit de grève en exerçant une violence absolument non violente. En tant que grève, la suspension du travail est bien l'exercice d'une violence qui questionne le droit et l'Etat lui-même. Mais, indifférente aux rapports de droit, elle ne demande rien et ne revendique rien. Elle est une affirmation pure ("Que cesse l'injustice") qui coïncide avec une destruction pure (destruction du droit propre à toute grève) » : Proust, 1994, p. 135.

Ce qui signifie donc que, à côté de l'état d'exception défini par la décision politique d'une autorité publique, Benjamin dessine les grands traits d'une *autre définition de l'état d'exception*[212]*, où c'est l'activité politique coordonnée des individus dans la sphère sociale qui, par subversion ou par désobéissance, ne permet plus au droit de s'appliquer.* Un tel état d'exception manifeste ainsi les conditions empiriques de la réalisation du droit, qui sont liées à l'ensemble des pratiques individuelles qui, par obéissance, par résistance, par contournement, par détournement, etc., permettent ou non la réalisation du droit. Si l'on peut donc voir dans la violence pure de Benjamin une forme de l'état d'exception, c'est un état d'exception qui vient du bas, qui vient de l'activité des individus qui résistent à l'application du droit[213].

Sous cet éclairage, il nous semble effectivement que la théorie de l'état d'exception schmittienne peut être conçue comme une réponse à la violence pure de Benjamin[214]. Pour Schmitt, il s'agit de maintenir la décision de la situation exceptionnelle dans les mains de la Puissance souveraine contre l'idée d'un état d'exception non juridique, provoqué par l'inapplicabilité *de fait* du droit[215]. Plus spécifiquement encore, il s'agit de récuser la thèse

[212] Si Benjamin ne qualifie pas sa « violence pure » d'état d'exception, il en appelle cependant par la suite à un « authentique état d'exception ». *Cf.* Raulet, 1997, p. 215 et ss.

[213] Pour F. Proust, un tel état d'exception qui vient « du bas » témoigne d'un exercice de la souveraineté. Mais une telle interprétation nous semble se heurter à la question de la légitimité d'un petit groupe d'individus faisant irruption sur la scène publique, qui permet toujours de rejeter ces irruptions du côté de la criminalité, sauf quand elles deviennent victorieuses. C'est pourquoi on ne peut voir dans ces actions destinées à s'opposer à l'application du droit ou qui s'en prennent aux symboles de l'Etat l'exercice de la souveraineté du peuple. En revanche, elles sont l'expression même de la démocratie, qui ne peut rejeter purement et simplement ces irruptions dans la sphère privée de la criminalité sans tomber dans une contradiction. *Cf.* Proust, 1994, p. 137 : « Ces moments d'exception, ces moments où les dominés, les exclus du droit, font retour sur la scène du droit pour affirmer *souverainement* et tenacement leur existence, révèlent en effet la nature du droit : une machine à exclusion, mais ils ne cherchent pas à établir une nouvelle règle ; indifférents au droit et, pour cette raison, d'une violence non violente, ils se contentent de rappeler *souverainement* au droit leur existence, ils viennent et reviennent hanter le droit. » Nous soulignons.

[214] C'est cette intervention directe sous la forme d'une violence irréductible à toute réinscription dans la dialectique du droit et de la dictature dont le juriste perçoit les dangers dans les théories irrationnelles de l'emploi de la violence, qui font l'objet de la dernière partie de *Parlementarisme et démocratie*. Car, la théorie de Sorel se construit précisément en résistant à toute forme de centralisation et d'uniformisation dictatoriale. Mais en s'attaquant à Sorel plutôt qu'à Benjamin, Schmitt neutralise l'analyse de Benjamin, en réintégrant la violence pure dans le cadre d'une politique visant à reconstruire une nouvelle unité politique derrière le mythe de la grève générale – à laquelle il peut ensuite substituer le mythe de la nation. Schmitt (1923), 1988, p. 81 et ss.

[215] On pourrait contester notre interprétation de Benjamin en affirmant que la grève prolétarienne est une grève révolutionnaire, qui vise donc comme telle la réalisation d'un nouvel ordre politique. Mais il nous semble qu'une telle interprétation serait en contradiction avec les critiques émises par Benjamin à l'encontre de tout usage téléologique de la violence. En revanche, Benjamin marquera un intérêt grandissant à l'égard du mouvement communiste à partir de 1924. *Cf.* Kambas, 1984, p. 80.

d'après laquelle le véritable état d'exception proviendrait de l'intervention des acteurs sociaux eux-mêmes[216].

Pourtant, d'un point de vue juridique au moins, le fait que la détermination de l'état d'exception ne puisse procéder que d'une décision juridico-politique peut sembler acquis. Mais précisément, l'évolution démocratique des régimes met en danger cet acquis au regard de Schmitt. Car, dans un régime monarchiste ou dans un ordre politique fondé sur un principe de légitimité traditionnelle, tout état d'exception qui naît du refus d'obéir au droit pose seulement des problèmes pratiques : il faut vaincre la résistance populaire. En revanche, dans une démocratie, ce refus pose un problème de légitimité du droit et du pouvoir en place. Car toute démocratie repose sur la croyance d'après laquelle la raison individuelle et le principe de l'auto-organisation sont les fondements légitimes de l'unité politique.

C'est pourquoi un état d'exception né de la désobéissance massive créé en quelque sorte un soupçon quant au fait de savoir où se trouve la légitimité démocratique. Et c'est pour contrer absolument ce danger que Schmitt construit sa théorie de l'état d'exception[217]. En d'autres termes, l'état d'exception juridico-politique de Schmitt veut écarter la possibilité d'un état d'exception que nous serions tenté de qualifier de proprement démocratique, parce qu'il provient de l'immanence de la société qui ne s'autorise que d'elle-même.

Dans ce cadre, il faut convenir, ainsi que l'a montré Jef Huysmans, d'une part que la théorie de l'état d'exception schmittienne s'inscrit dans un effort cohérent de dépolitisation de la société, et d'autre part, que Giorgio Agamben a largement reconduit cet effort de dépolitisation par sa théorie de l'état d'exception, ainsi que sa conception de la violence pure comme anomie.

Pour Jef Huysmans, les théories de l'exception formulées par Giorgio Agamben et par Schmitt ont pour point commun de neutraliser la société comme un ensemble de

[216] Dans un très bel article portant sur l'Etat et la guerre, N. Grangé s'oppose aux théories de l'état d'exception formulées par Schmitt et Agamben en dénonçant le refus dont elles témoignent de « sortir du domaine juridique et donc de penser la violence pure ou la guerre civile », ce qui dénote à ses yeux « une survalorisation de la signification du droit par rapport au fait. » : Grangé, 2007, p. 23. Inversement, N. Grangé veut remettre au centre de l'état d'exception la question des rapports de forces qui entrent en jeu pour déterminer la qualification des phénomènes juridiques eux-mêmes. Et, dans ce cadre, elle examine le rôle joué par la fiction politique que constitue la qualification même de l'état d'exception. Il serait évidemment possible dans ce cadre d'interpréter la théorie de Schmitt elle-même comme un effort visant à inscrire par avance un phénomène politique dans le cadre juridique.

[217] C'est pourquoi aussi le parallèle établi par N. Grangé entre le dictateur et le partisan dans la théorie de Schmitt nous semble particulièrement intéressant : « Le partisan comme le dictateur, posent une instance qui s'autorise elle-même sans se réclamer d'un principe supérieur ; la dictature est à elle-même sa propre loi, le partisan est à lui seul l'unité politique en devenir. » : Grangé, 2009, p. 136. En soulignant néanmoins que c'est précisément au partisan que Schmitt entend retirer le pouvoir d'agir « en dictateur ».

mobilisations et de médiations politiques multifaces[218]. Cette négation de la société se produit, selon Jef Huysmans, chez Giorgio Agamben via la définition du politique comme relation spécifique nouée entre le pouvoir souverain et la vie nue. Et elle s'exprime donc tout particulièrement dans l'idée d'après laquelle l'état d'exception serait une situation d'anomie juridique, qui laisse l'individu dénudé de ses attributs politiques face à la puissance illimitée du souverain[219]. Chez Schmitt, en revanche, elle opère sous la forme d'une véritable théorie de la « dépolitisation » de la société lorsque celle-là, par ses divisions internes, remet en cause l'unité politique :

> « At the historical conjuncture when societal forces become political by bearing directly and forcefully on state practice, a conceptual agenda that seeks to "purify" the political from historical forms of the state is a strategy of de-politicizing society and state-society relations. The Concept of the Political is an excellent illustration of how defining what is political and nonpolitical is part of the political struggle in modern democratized politics (…) and how the political status of the societal has been an important issue in these struggles. »[220]

Nous avons effectivement tenté de montrer que la théorie du politique de Schmitt vise dans sa continuité à *dépolitiser* la société, c'est-à-dire à reconstituer le monopole étatique du politique, menacé par le processus de démocratisation. Et il faut donc comprendre sa théorie de l'état d'exception comme l'un des principaux opérateurs de cette reconstitution du monopole étatique. C'est pourquoi l'objection que l'on peut porter contre la théorie schmittienne de l'état d'exception n'est pas seulement d'ordre méthodologique, au sens où elle ne permettrait pas de comprendre comment le pouvoir s'applique effectivement[221] – ce qui suppose nécessairement de prendre en considération à la fois la société comme ensemble de forces sociales en conflit, qui se soumettent, adhèrent, reconduisent, résistent, etc. aux législations ou aux pratiques de pouvoir, ainsi que la diversité des instruments qui

---

[218] « One of the key characteristics of the jargon of exception is its suppression of political renditions of the societal. In doing so, it eliminates one of the constituting categories of modern democratic politics, hence producing an impoverished and ultimately understanding of the processes of political contestation and domination. »: Huysmans, 2008, p. 165.

[219] Huysmans, 2008, p. 166 et ss. Pour J. Huysmans, les deux auteurs mettent à l'œuvre une conception de l'exceptionnalité fondée sur un « jargon de l'authenticité », dont Adorno aura montré comment, dans les théories d'Heidegger, il permet de construire une représentation de l'homme isolé de toute détermination sociale et technique : « Paraphrasing Adorno, the idiom of exception has been called a jargon precisely because it marginalizes, and in the more radical cases, erases the societal as a realm of multi-faceted, historically structured political mediations and mobilizations. » : Huysmans, 2008, p. 180.

[220] Huysmans, 2008, p. 169.

[221] Du point de vue normatif même, G. Périès a récusé que les violences militaires et policières s'exercent sous une forme anomique dans le cadre des politiques de contre-insurrection, y compris lorsqu'elles deviennent *contra legem*. *Cf.* Périès, 2010.

le véhiculent. Mais elle est plus profondément politique. Non pas seulement parce qu'elle justifierait des actes illégaux, mais plus profondément parce qu'elle signifie *une volonté de nier et de contrer le caractère politique des actions et des engagements sociaux, qui engage une conception générale du politique*[222]. Et, sous cet angle, l'importance actuelle de la théorie schmittienne pour penser l'état d'exception témoigne au minimum de l'aspiration progressive de l'état d'exception par l'Etat[223], et de la victoire relative d'une telle dépolitisation.

Est-ce à dire que nous légitimons comme démocratique toute action exercée par n'importe quel groupe d'individus dans la sphère publique dans l'objectif plus ou moins clair de miner l'application normale du droit[224] ? Evidemment non. Il s'agit seulement de souligner que l'effort qui consiste à refuser le caractère politique de ces actions en les criminalisant procède d'une contradiction avec les principes mêmes de la démocratie, qui est d'abord, comme l'a montré Jacques Rancière, « le pouvoir propre à ceux qui n'ont pas plus de titre à gouverner qu'à être gouvernés »[225] ; une contradiction avec les principes de la démocratie, mais non avec ceux du gouvernement, qui tend spontanément « à rétrécir [la] sphère publique, à en faire une affaire privée et, pour cela, à rejeter du côté de la vie privée les interventions et les lieux d'intervention des acteurs non étatiques »[226].

Une fois dénié aux actes qui mettent en danger l'ordre public et l'application du droit tout caractère politique, il ne reste plus guère qu'à utiliser la force. Sans doute après y aura-t-il des scissions quant au fait de savoir s'il faut utiliser seulement le droit ordinaire, ou des législations extraordinaires, voire, pour certains, des moyens hors de toute légalité. Mais nous avons voulu montrer, en prenant appui sur Schmitt, que c'est l'effort même qui vise à dépolitiser de tels actes, qui constitue une politique très systématique des régimes démocratiques contemporains, qui conduit ensuite à créer des actes dont la violence est proportionnelle à la volonté de se maintenir sur la scène politique publique.

---

[222] C'est M. Foucault qui aura établi le lien entre ces deux points, en défendant une théorie du pouvoir qui est à la fois une méthode et une forme d'engagement – et où M. Foucault souligne les effets de pouvoirs engagés par tout discours, notamment par le discours scientifique. *Cf.* Foucault, 1976, p. 121 et ss. et Foucault, 1971.

[223] Ainsi que le note *justement* P. Sauvêtre, le « champ d'application de la notion d'exception semble donc s'être déplacé de la révolution à l'Etat (…), et on ne sert plus guère, dans la conjoncture actuelle, de l'exception que pour analyser les formes et les activités des Etats sécuritaires. » : Sauvêtre, 2011, p. 107.

[224] Sur ce point, nous nous séparons de Benjamin qui, non sans subir l'influence de Sorel, suppose aux actions prolétariennes un « sens infaillible », ou une « action instinctive sûre ». Nous pensons que la question de savoir si les actions qui cherchent à disqualifier le droit émanent d'une « juste conscience populaire » doit être entièrement écartée de la réflexion. *Cf.* Kambas, 1984, p. 86.

[225] Rancière, 2005, p. 54.

[226] Rancière, 2005, p. 62.

BIBLIOGRAPHIE

Littérature primaire

Ouvrages de C. Schmitt

SCHMITT, Carl, (1914), 2003, *La valeur de l'Etat et la signification de l'individu*, trad. fr. Sandrine Baume, Genève, Droz.

SCHMITT, Carl, (1919), 1990, « Romantisme politique », in Carl Schmitt, *Du politique. « Légalité et légitimité et autres essais »*, trad. fr. Pierre Linn, Puiseaux, Pardès, pp. 1-17.

SCHMITT, Carl, (1921), 2000, *La Dictature*, trad. fr. Mira Köller et Dominique Séglard, Paris, Seuil.

SCHMITT, Carl, (1922), 1988, *Théologie politique,* trad. fr. Jean-Louis Schlegel, Paris, Gallimard.

SCHMITT, Carl, (1923), 1988, « Parlementarisme et démocratie », in Carl Schmitt, *Parlementarisme et démocratie*, trad. fr. Jean-Louis Schlegel, Paris, Seuil, pp. 23-95.

SCHMITT, Carl, 1924a, « Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung », in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtlehrer*, vol. 1, Berlin und Leipzig, pp. 63-104. Réédité avec des modifications dans l'Appendice de l'édition de 1927 de *La dictature*.

SCHMITT, Carl, (1924b), 1988, « Le concept de démocratie moderne et son rapport au concept d'Etat », in Carl Schmitt, *Parlementarisme et démocratie,* trad. fr. Jean-Louis. Schlegel, Paris, Seuil, 1988, pp. 117-128.

SCHMITT, Carl, (1926a), 1988, « Remarques sur l'opposition entre parlementarisme et démocratie » in Carl Schmitt, *Parlementarisme et démocratie*, trad. fr. Jean-Louis Schlegel, Paris, Seuil, pp. 96-116.

SCHMITT, Carl, (1926b), 1988, « L'idée de raison d'Etat selon Friedrich Meinecke » in Carl Schmitt, *Parlementarisme et démocratie,* trad. fr. Jean-Louis Schlegel, Paris, Seuil, pp. 171-185.

SCHMITT, Carl, (1928a), 1990, « L'Etat de droit bourgeois », in Carl Schmitt, *Du politique. « Légalité et légitimité » et autres essais,* trad. fr. Jean-Louis Pesteil, Puiseaux, Pardès, pp. 31-38.

SCHMITT, Carl, (1928b), 1990, « La société des Nations et l'Europe », in Carl Schmitt, *Du politique. « Légalité et légitimité » et autres essais,* trad. fr. Bernard Krock, Puiseaux, Pardès, pp. 19-29.

SCHMITT, Carl, (1928), 1993, *Théorie de la constitution*, trad. fr. Lilyane Deroche, Paris, Quadrige/PUF.

SCHMITT, Carl, (1929), 1992, « L'ère des neutralisations et des dépolitisations », Carl Schmitt, *La notion de politique*, *La théorie du partisan*, trad. fr. Marie-Louise Steinhauser, Paris, Flammarion, pp. 131-151.

SCHMITT, Carl, (1930), 1988, « Ethique de l'Etat et Etat pluraliste », in Carl Schmitt, *Parlementarisme et démocratie*, trad. fr. Jean-Louis Schlegel, Paris, Seuil, pp. 129-150.

SCHMITT, Carl, 1931, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Dunker und Humblot.

SCHMITT, Carl, (1931), 2009, *El defensor de la Constitution*, in Carl Schmitt, Hans Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitutional : El defensor de la Constitutión versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitutión?*, trad. esp. Manuel Sánchez Sarto et Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, pp. 3-287.

SCHMITT, Carl, (1931), 1988, « Le virage vers l'Etat total », in Carl Schmitt, *Parlementarisme et démocratie*, trad. fr. Jean-Louis. Schlegel, Paris, Seuil, pp. 151-170.

SCHMITT, Carl, (1932), 1990, « Légalité et légitimité », in Carl Schmitt, *Du politique. « Légalité et légitimité » et autres essais,* trad.fr. William Gueydan de Roussel, Puiseaux, Pardès.

SCHMITT, Carl, (1932), 2004, *Legality and legitimacy*, trad. angl. Jeffrey Steizer, Durham and London, Duke University Press.

SCHMITT, Carl, (1932), 1992, *La Notion de politique*, *La Théorie du partisan*, trad. fr. Marie-Louise Steinhauser, Paris, Flammarion.

SCHMITT, Carl, (1934), 1995, *Les trois types de pensée juridique*, trad. fr. Mira Köller et Dominique Séglard, Paris, PUF.

SCHMITT, Carl, (1934), 2003, « Le Führer protège le droit. A propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934 », in *Cités,* n°14, trad. fr. Mira Köller et Dominique Séglard, pp. 165-171.

SCHMITT, Carl, (1936), 2003, « La science allemande du droit dans sa lutte contre l'esprit juif », in *Cités,* n°14, trad. fr. Mira Köller et Dominique Séglard, pp. 173-180.

SCHMITT, Carl, (1937), 1991, « L'Etat comme mécanisme chez Hobbes et Descartes », in *Les Temps modernes*, n°544, trad. fr. Mira Köller et Dominique Séglard, pp. 1-14.

SCHMITT, Carl, 1938, « L'évolution récente du problème des délégations législatives », in *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard*

Lambert, trad. fr. Paul Roubier et H. Mankiewicz, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.

SCHMITT, Carl, (1938), 2002, *Le Léviathan dans la doctrine de l'Etat de Thomas Hobbes,* trad. fr. Denis Trierweiler, Paris, Seuil.

SCHMITT, Carl, (1939), 1990a, « Grand espace contre universalisme. Le conflit sur la doctrine de Monroe en droit international », in Carl Schmitt, *Du politique. « Légalité et légitimité » et autres essais,* trad. fr. Richard Kirchhof, Puiseaux, Pardès, pp. 127-136.

SCHMITT, Carl, (1939), 1990b, « Neutralité et neutralisations », in Carl Schmitt, *Du politique. « Légalité et légitimité » et autres essais,* trad. fr. Richard Kirchhof, Puiseaux, Pardès, pp. 101-126.

SCHMITT, Carl, (1950), 2001, *Le Nomos de la terre*, trad. fr. Lilyane Deroche-Gurcel, Paris, PUF.

SCHMITT, Carl, (1951), 1990, « L'unité du monde (II) », in Carl Schmitt, *Du politique. « Légalité et légitimité » et autres essais,* trad.fr. Philippe Baillet, Puiseaux, Pardès, pp. 237-249.

SCHMITT, Carl, (1952), 1990, « L'unité du monde (I) », in Carl Schmitt, *Du politique. « Légalité et légitimité » et autres essais,* trad.fr. Jean-Louis Pesteil, Puiseaux, Pardès, pp. 225-236.

SCHMITT, Carl, (1953), 2007, « Prendre / partager / paître », in Carl Schmitt, *La guerre civile Mondiale. Essais (1943-1978),* trad. fr. Céline Jouin, Alfortville, Chercheurs d'ère, pp. 51-64.

SCHMITT, Carl, (1962), 2007, « L'ordre du monde après la Deuxième Guerre Mondiale », in Carl Schmitt, *La guerre civile Mondiale. Essais (1943-1978),* trad. fr. Céline Jouin, Alfortville, Chercheurs d'ère, pp. 65-84.

SCHMITT, Carl, (1967), 2007, « Clausewitz, penseur politique. Remarques et observations », in Carl Schmitt, *La guerre civile Mondiale. Essais (1943-1978),* trad. fr. Céline Jouin, Alfortville, Chercheurs d'ère, pp.85-111.

SCHMITT, Carl, (1969), 2007, « Conversation sur le partisan. Carl Schmitt et Joachim Schickel », in Carl Schmitt, *La guerre civile Mondiale. Essais (1943-1978),* trad. fr. Céline Jouin, Alfortville, Chercheurs d'ère, pp. 113-136.

Autres ouvrages

ANSCHÜTZ, Gerhard, (1921), *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11 August 1919*, t.1, Berlin, Georg Stilke.

BARTHELEMY, Joseph, DUEZ, Paul, 1926, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz.

BENJAMIN, Walter, (1921), 2000, *Critique de la violence, in Œuvres*, t.1, Paris, Gallimard.

BENJAMIN, Walter, (1940), 2000, *Sur le concept d'histoire, in Œuvres*, t.3, Paris, Gallimard.

CARRÉ de MALBERG, Raymond, (1920-1922), 2004, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Dalloz.

CARRÉ de MALBERG, Raymond, (1931), 1984, *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris, Economica.

DONOSO CORTÈS, (1849), 1970, « Discuro sobre la dictadura », in *Obras completas de Juan Donoso Cortès*, t.2, Madrid, Editorial católica, pp. 304-323. Suivi de « Cartas relacionadas con el discurso sobre la dictadura ».

DONOSO CORTÈS, 1850, « Discours sur la situation générale de l'Europe », *in Lettres et discours de M. Donoso Cortès*, Paris, Jacques Lecoffre et Cie, p. 67 et ss.

DONOSO CORTÈS, 1859, *Essai sur le catholicisme, le libéralisme et le socialisme considérés dans leurs principes fondamentaux*, in *Œuvres de Donoso Cortès*, t.3, Paris, Librairie d'Auguste Vaton.

DUGUIT, Léon, 1913, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin.

DUGUIT, Léon, 1924, *Traité de droit constitutionnel*, t.4, Paris, E. de Boccard.

DUGUIT, Léon, (1925), 1979, *Traité de droit constitutionnel*, t.5, Paris, Editions Cujas.

DUGUIT, Léon, 1927, *Traité de droit constitutionnel*, t.1, Paris, Fontemoing.

DUGUIT, Léon, 1930, *Traité de droit constitutionnel*, t.3, Paris, E. de Boccard.

GRAU, Richard, 1932, « Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten », in Richard Thoma et Gerhard Anschütz, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, t. 2, Tübingen, Mohr, pp. 274-295.

HAURIOU, Maurice, 1907, *Précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Recueil Sirey.

HAURIOU, Maurice, 1929a, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey.

HAURIOU, Maurice, 1929b, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t.1, Paris, Recueil Sirey.

HAURIOU, Maurice, 1930, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey.

JACOBI, Erwin, 1924, « Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung », in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtlehrer*, vol. 1, Berlin und Leipzig, Walter De Gruyter und Co., pp. 105-136.

JELLINEK, Georg, 1911, *L'Etat moderne et son droit, Théorie générale de l'Etat*, Première partie, trad. fr. G. Pardis, Paris, Giard & Brière.

JELLINEK, Georg, 1913, *L'Etat moderne et son droit, Théorie générale de l'Etat*, Seconde partie, trad. fr. G. Pardis, Paris, Giard & Brière.

KELSEN, Hans, (1928), 1997, « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique », in Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, trad. fr. Béatrice Laroche et Valérie Faure, Bruxelles, Bruylant/L.G.D.J.

KELSEN, Hans, (1929), 2004, *La démocratie. Sa nature-Sa valeur*, trad. fr. Charles Eisenmann, Paris, Dalloz.

KELSEN, Hans, (1931), 2006, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, trad. fr. Sandrine Baume, Paris, Michel Houdiard Editeur.

KELSEN, Hans, (1934), 1999, *Théorie pure du droit*, trad. fr. C. Eisenmann, Bruxelles, Bruylant/L.G.D.J.

KELSEN, Hans, (1945), 1997, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, trad. fr. B. Laroche et V. Faure, Bruxelles, Bruylant/L.G.D.J.

KELSEN, Hans, (1979), 1997, *Théorie générale des normes*, trad. fr. O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF.

LABAND, Paul, 1900, *Le droit public de l'Empire allemand. Les finances de l'Empire Allemand*, t.1, trad. fr. G. Ganghilon, Paris, V. Giard & E. Brière.

LABAND, Paul, 1901, *Le droit public de l'Empire allemand. (Autorités et fonctionnaires de l'Empire ; la législation de l'Empire ; les traités internationaux ; l'administration ; la situation de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire ; les protectorats Allemands)*, t.2, trad. fr. G. Ganghilon et Th. Lacuire, Paris, V. Giard & E. Brière.

LABAND, Paul, 1903, *Le droit public de l'Empire allemand. La force armée de l'Empire Allemand*, t.5, trad. fr. S. de Bouyssy, Paris, V. Giard & E. Brière.

LABAND, Paul, 1904, *Le droit public de l'Empire allemand, Les finances de l'Empire Allemand*, t.4, trad. fr. S. de Bouyssy, Paris, V. Giard & E. Brière.

MAISTRE, Joseph de, (1819), 1966, *Du pape*, Genève, Librairie Droz.

MAISTRE, Joseph de, 1850, *Lettres à un gentilhomme russe sur l'inquisition espagnole*, Lyon, Pélagaud.

MAISTRE, Joseph de, (1870), 1992, *De la souveraineté du peuple, Un anti-contrat social*, Paris, PUF.

NAWIASKY, Hans, 1925, « Die Auslegung des Art. 48 der Reichsverfassung », in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 9, p. 1–55.

WEBER, Max (1917), 2003, « La profession et la vocation de savant », in M. Weber, *Le savant et le politique*, Paris, La Découverte / Poche, pp. 69-115.

WEBER, Max, (1918), 2004, « Parlement et gouvernement dans l'Allemagne réorganisée », in Max Weber, *Œuvres politiques (1895-1919)*, Paris, Albin Michel.

WEBER, Max (1919), 2003, « La profession et la vocation de politique », in M. Weber, *Le savant et le politique*, Paris, La Découverte / Poche, pp 117-206.

WEBER, Max (1920), 1964, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Plon.

WEBER, Max (1960), 2007, *Sociologie du droit*, Paris, Quadrige / PUF.

WEBER, Max, (1921), 1971, *Economie et société*, t.1, Paris, Plon.

Littérature secondaire.

ABI-SAAB, Georges et Rosemary, 2000, « Les crimes de guerre », in H. Asensio, E. Decaux et A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone.

ACKERMAN, Bruce, 2004, « The emergency constitution », in *The Yale Law Journal*, Vol. 113, n°5, pp. 1029-1091.

AGAMBEN, Giorgio, 1997, *Homo Sacer, Le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, Seuil.

AGAMBEN, Giorgio, 2002, *Moyens sans fins. Notes sur la politique*, Paris, Payot & Rivages.

AGAMBEN, Giorgio, 2003, *Etat d'exception. Homo Sacer*, Paris, Seuil.

ANGAUT, Jean-Christophe, 2009, « Carl Schmitt, lecteur de Bakounine », in *Astérion*, http://asterion.revues.org/1495.

ARON, Raymond, (1957), 2005, « La tragédie algérienne », in *Penser la liberté, penser la démocratie*, Paris, Gallimard, pp. 571-604.

ARON, Raymond, 1976, *Penser la guerre, Clausewitz*, t.2, Paris, Gallimard.

ATIAS, Christian, 1999, *Philosophie du droit*, Paris, PUF.

BAKOUNINE, Michel, 1895-1913, *Œuvres complètes*, Paris, Stock.

BALAKRISHNAN, Gopal, 2006, *L'ennemi. Un portrait intellectuel de Carl Schmitt*, Paris, Editions Amsterdam.

BALIBAR, Etienne, 2000, « Prolégomènes à la souveraineté : la frontière, l'Etat, le peuple », in *Les temps modernes*, n°610, pp. 47-75.

BALIBAR, Etienne, 2002, « Le Hobbes de Schmitt, le Schmitt de Hobbes », Préface de C. Schmitt, *Le Léviathan dans la doctrine de l'Etat de Thomas Hobbes*, Paris, Seuil.

BALIBAR, Etienne, 2003, « Une lecture « conservatrice » de Hobbes ? », in *Droits*, n°38, pp. 149-159.

BALIBAR, Etienne, 2007, « De la souveraineté : histoire et actualité d'un problème », in Syros Théodorou (dir.), *L'exception dans tous ses états*, Paris, Parenthèses, pp. 131-146.

BARASH, Jeffrey Andrew, 1995, « Hobbes, Carl Schmitt et les apories du décisionnisme politique », in C. M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, pp. 263-277.

BARASH, Jeffrey Andrew, 2001, « Hermann Heller critique de Carl Schmitt », in *Cité*, n°6, pp. 175-178.

BARASH, Jeffrey Andrew, 2004, « Léo Strauss et la question du relativisme », in *Cités,* n°8, pp.153-176.

BARKAT, Sidi Mohammed, 2005, *Le corps d'exception, Les artifices du pouvoir colonial et la destruction de la vie*, Paris, Edition Amsterdam.

BATIFOL, Henri, 1960, *La philosophie du droit*, Paris, PUF.

BAUME, Sandrine, 2003, « Carl Schmitt, penseur de l'Etat », Introduction de C. Schmitt, *La valeur de l'Etat et la signification de l'individu*, Genève, Droz.

BAUME, Sandrine, 2004, « Destin de l'antilibéralisme schmittien : penser l'équilibre des pouvoirs après 1945 », in *Raisons politiques*, n°16, pp. 9-23.

BAUME, Sandrine, 2006a, « Introduction » de H. Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, Paris, Michel Houdiard Editeur, pp. 7-60.

BAUME, Sandrine, 2006b, « Le parlement face à ses adversaires. La réplique allemande au désenchantement démocratique de l'entre-deux guerres », in *Revue française de sciences politiques*, vol. 56, n°6, pp. 985-998.

BAUME, Sandrine, 2007, *Kelsen. Plaider la démocratie*, Paris, Editions Michalon.

BAUME, Sandrine, 2008, *Carl Schmitt, penseur de l'Etat*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques.

BAUMERT, Renaud, 2007, « *Audiatur et altera pars* : justice constitutionnelle et décision démocratique dans la pensée de Hans Kelsen », in O. Beaud, P. Pasquino (dir.), *La controverse sur le « Gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris, Editions Panthéon-Assas, pp. 127-152.

BAUMERT, Renaud, 2009a, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique. Les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les Républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, Paris, Collection des Thèses, n°33, L.G.D.J.

BAUMERT, Renaud, 2009b, « Carl Schmitt contre le parlementarisme weimarien : quatorze ans de rhétorique réactionnaire », in S. Nour (dir.), *The minority Issue : Law and the Crisis of Representation*, Berlin, Duncker & Humblot.

BAUMERT, Renaud, 2010, « Une "vision morale" de la justice constitutionnelle sous la République de Weimar », in *Jus Politicum*, n°4. http://www.juspoliticum.com/Une-vision-morale-de-la-justice.html

BEAUD, Olivier, 1992, « L'honneur perdu de l'Etat ? », in *Droits*, n°15, pp. 3-10.

BEAUD, Olivier, 1993a, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », Préface in Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, Paris, Quadrige / PUF, pp. 7-118.

BEAUD, Olivier, 1993b, « La critique de l'Etat de droit chez Carl Schmitt », in *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n°24, pp. 109-125.

BEAUD, Oliver, 1993c, « Le souverain », in *Pouvoirs*, n°67, pp. 33-45.

BEAUD, Olivier, 1995, « L'art d'écrire chez un juriste : Carl Schmitt », in C. M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique, autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, pp. 15-36.

BEAUD, Olivier, 1996, « Souveraineté. Souveraineté, puissance, pouvoir », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, pp. 625-633.

BEAUD, Olivier, 1997, *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, Paris, Descartes et Cie.

BEAUD, Olivier, 2002, « Légalité et légitimité : la lutte de Carl Schmitt contre la république de Weimar et sa défense d'une « contre-constitution » allemande », in J.-F. Kervégan (dir.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa République et ses juri*stes, Lyon, ENS Editions, pp. 123-148.

BEAUD, Olivier, 2003, « Lectures croisées de Hobbes : Carl Schmitt entre Leo Strauss et Michel Villey », in *Droits*, n°38, pp 159- 182.

BEAUD, Olivier, 2007, « Kelsen contre Schmitt : un dialogue de sourds ? », in O. Beaud, P. Pasquino (dir.), *La Controverse sur « Le Gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris, L.G.D.J., Editions Panthéon-Assas, pp. 197-207.

BEAUD, Olivier, PASQUINO, Pasquale, 2007, « Avant-Propos » in O. Beaud, P. Pasquino (dir.), *La Controverse sur « Le Gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris, L.G.D.J., Editions Panthéon-Assas, pp. 9-16.

BENDERSKY, Joseph W., 1983, *Carl Schmitt, Theorist for the Reich*, Princeton, Princeton University Press.

BENHESSA, Ghislain, 2007-2008, *La question de la souveraineté chez Georg Jellinek*, Master 2 Droit public fondamental, sous la direction d'O. Jouanjan, Université Robert Schuman.

BENOIST, Alain de, 2007a, *Carl Schmitt actuel, « Guerre juste », terrorisme, état d'urgence, « nomos de la terre »*, Paris, Krisis.

BENOIST, Alain de, 2007b, « Global terrorism and the state of permanent exception : the signifiance of Carl Schmitt's thought today », in L. Odysseos, F. Petito (dir.), *Terror, liberal war and the crisis of global order*, London & New York, Routledge, pp. 73-96.

BERNARDI, Bruno, 1999, « Introduction » in B. Bernardi (dir.), *La démocratie*, Paris, Flammarion, pp. 13-43.

BERNARDI, Bruno, 2003, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, Paris, VRIN.

BIELEFELDT, Heiner, 1998, « Carl Schmitt's critique of liberalism : systematic reconstruction and countercriticism », in D. Dyzenhaus (dir.), *Law as Politics. Carl Schmitt's critique of liberalism*, Durham, Duke University Press, pp. 23-36.

BIGO, Didier, 2007, « Exception et ban : à propos de « l'état d'exception », in *Erytheis*, n°2, pp. 115-145.

BIGO, Didier, 2009, « Du panoptisme au ban-optisme. Les micro-logiques du contrôle dans la mondialisation », in P.-A. Chardel, G. Rockhill (dir.), *Technologies de contrôle dans la mondialisation : enjeux politiques, éthiques et esthétiques*, Paris, Editions Kimé, p. 59-80.

BIGO, Didier et WALKER, Rob B., 2008, « Le régime de contre-terrorisme global", in D. Bigo, L. Bonelli et T. Deltombe (dir.), *Au nom du 11 Septembre… Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, Paris, La Découverte.

BISHAI, S. Linda, et BEHNKE, Andreas, 2007, « War, violence and the displacement of the political », in L. Odysseos, F. Petito (dir.), *Terror, liberal war and the crisis of global order*, London & New York, Routledge, pp. 107-123.

BÖCKENFÖRDE, Ersnt-Wolfgang, 1998, « The concept of the Political: A key to understanding Carl Schmitt's Constitutional theory », in D. Dyzenhaus (dir.), *Law as Politics. Car Schmitt's critique of liberalism*, Durham, Duke University Press, pp. 37-55.

BOURDIEU, Pierre, 1986, « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°64, pp. 3-19.

BOURTHOUMIEUX, Charles, 1950, « Fédéralisme et démocratie dans la Constitution de Weimar et la Loi fondamentale de Bonn », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 2, n°1, pp. 27-48.

BOURTHOUMIEUX, Charles, 1951, « Une critique allemande du positivisme juridique », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 3, n°1, p. 81-90.

BRAHAMI, Frédéric, 2009, « L'empire divin des préjugés. Joseph de Maistre contre l'esprit éclairé », in *Esprit*, n°357, pp. 136-150.

BRANCHE, Raphaëlle, 2001, *La torture et l'armée*, Paris, Gallimard.

BREDEKAMP, Horst, 1999, « From Walter Benjamin to Carl Schmitt, via Thomas Hobbes », in *Critical Inquiry*, vol. 25, n°2, pp. 246-266.

BREUER, Stefan, 1996, *Anatomie de la Révolution conservatrice*, Paris, Editions de la Maison des sciences de l'homme.

BURDEAU, Georges, 1972, *Les libertés publiques*, Paris, Librairie R. Pichon et R. Durand-Auzias.

CABRILLAC, Rémy (dir.), 2004, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, Editions du Juris-Classeur.

CAILLE, Alain, LAZZERI, Christian, SENNELLART, Michel, 2007, *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique. Le Bonheur et l'utile*, t.2, Paris, Flammarion.

CALDWELL, Peter C., 1997, *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law. The theory and practice of Weimar Constitutionalism*, Durham, Duke University Press.

CALDWELL, Peter, 2000a, « Is a "Social Rechtsstaat possible" ? The Weimar Roots of Bonn Controversy », in P. Caldwell, W. Scheuerman (dir.), *From liberal democracy to fascism: legal and political thought in the Weimar Republic*, Boston-Leiden-Cologne, Humanities Press, pp. 136-153.

CALDWELL, Peter C., 2000b, « Richard Thoma. Introduction », in A. J. Jacobson, B. Schlink (dir.), *Weimar, a jurisprudence of crisis*, Berkeley-Los Angeles-London, University of California Press, pp. 151-156.

CALDWELL, Peter C., 2005, « Review: *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar* by Ellen Kennedy », in *Central European History*, vol. 38, n°3, pp. 498-500.

CALDWELL, Peter, SCHEUERMAN, William, 2000, « Introduction », in P. Caldwell, W. Scheuerman (dir.), *From liberal democracy to fascism: legal and political thought in the Weimar Republic*, Boston-Leiden-Cologne, Humanities Press, pp. 1-19.

CAMPAGNA, Norbert, 2004, *Le droit, le politique, et la guerre. Deux chapitres sur la doctrine de Carl Schmitt*, Québec, Presses de l'Université de Laval.

CAMUS, Geneviève, 1965, *L'état de nécessité en démocratie*, Paris, Librairie R. Pichon et R. Durand-Auzias.

CAPITANT, René, 1966, « Carré de Malberg et le régime parlementaire », in *Relation des Journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg, 1861-1935 (Strasbourg, 1961)*, Paris, Dalloz, pp. 126-153.

CAPITANT, René, 2003, « Le président du Reich », in R. Capitant, *Ecrits d'entre-deux guerres (1928-1940)*, Editions Panthéon-Assas, Paris, pp. 405-423.

CARBONNIER, Jean, 1978, *Sociologie juridique*, Paris, PUF.

CARPENTIER, Mathieu, 2011, « Etat d'exception et dictature », in *Tracés*, n°20, pp75-93.

CARRINO, Agostino, 1995, « Max Weber et Hans Kelsen », in C. M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique, autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, pp. 185-203.

CHEVALLIER, Jacques, 1988, « L'état de droit », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 104, n°1, pp. 313-380.

CHEVALLIER, Jacques, 2003, *L'Etat de droit*, Paris, Editions Montchrétien.

CLAUSEWITZ, Carl Von, (1812), 2006, *Principes fondamentaux de stratégie militaire*, Paris, Mille et une nuits.

CLAUSEWITZ, Carl Von, (1832), 2006, *De la guerre*, Paris, Perrin.

COLLIOT-THELENE, Catherine, 1992, *Le désenchantement de l'Etat, de Hegel à Max Weber*, Paris, Editions de Minuit.

COLLIOT-THELENE, Catherine, 1995, « Carl Schmitt contre Max Weber : rationalité juridique et rationalité économique », in C. M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique, autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, pp. 205-227.

COLLIOT-THELENE, Catherine, 2001, *Etudes wébériennes Rationalités, histoires, droits*, Paris, PUF.

CONSTANT, Benjamin, (1814), 1997, *De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne*, in B. Constant, *Ecrits politiques*, Gallimard, Paris.

COUTAU-BEGARIE, 2009, « Guerres irrégulières : de quoi parle-t-on ? », in *Stratégique*, n°93-94-95-96, pp. 13-30.

CRISTI, Renato, 1993, *Le libéralisme conservateur. Trois essais sur Schmitt, Hayek et Hegel*, Paris, Edition Kimé.

CRISTI, Renato, 1998, « Carl Schmitt on sovereignty and constituent power », in D. Dyzenhaus (dir.), *Law as Politics. Car Schmitt's critique of liberalism*, Durham, Duke University Press, pp. 179-195.

CUMIN, David, 2000, « L'interprétation schmittienne de Clausewitz », in *Stratégique*, n°78-79, pp. 129-139.

CUMIN, David, 2005, *Carl Schmitt. Biographie politique et intellectuelle*, Paris, Cerf.

CUMIN, David, 2009, « La théorie du partisan de Carl Schmitt », in H. Coutau-Bégarie (dir.), *Stratégies irrégulières*, Paris, Economica, pp. 48-81.

CUMIN, David, 2011, « Carl Schmitt, Leo Strauss et le concept du politique », in *Klesis – Revue philosophique*, n°19, pp. 155-178.

DERRIDA, Jacques, 1994a, *Force de loi. Le « fondement mystique de l'autorité »*, Paris, Editions Galilée.

DERRIDA, Jacques, 1994b, *Politiques de l'amitié*, Paris, Editions Galilée.

DERRIDA, Jacques, 2004, « Qu'est-ce que le terrorisme ? », in *Le Monde diplomatique*, 2/2004.

DIDRY, Claude, 2005, « Léon Duguit, ou le service public en action », in *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 52, 3, pp. 88-97.

DONNEDIEU de VABRES, Henri, 1922, *Introduction à l'étude du Droit Pénal International*, Paris, L. Tenin.

DONNEDIEU de VABRES, Henri, 1947, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du Droit Pénal International », in *Académie de droit international, Recueil des cours*, t.70, 1, pp. 477-582.

DOREMUS, André, 1978, « Théologie politique et science dans la problématique de la théologie politique », in *Revue européenne des sciences sociales*, n°44, t.16, pp. 55-65.

DOREMUS, André, 2004, « La théologie politique de Carl Schmitt », in *Les études philosophiques*, n° 68, 1, pp. 65-104.

DUBREUIL, Benoît, 2004, « Recension de : *Etat d'exception. Homo Sacer* de Giorgio Agamben », in *Politique et sociétés*, vol. 23, n°1, pp. 199-203.

DUCULESCO, Victor, 1975, « Effets de la reconnaissance de l'état de belligérance par les tiers, y compris les organisations internationales, sur le statut juridique des conflits armés à caractère non international », in *Revue générale de droit international public*, 3e série, t.74, pp. 125-151.

DUMEE, Marie, 2000, « Le crime d'agression », in H. Asensio, E. Decaux et A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Edition Pedone.

DUPEUX, Louis, (dir.), 1992, *La révolution conservatrice allemande sous la République de Weimar*, Paris, Editions Kimé.

DWORKIN, Ronald, 1985, « Le positivisme », in *Droit et Société*, no1, 35-60.

DWORKIN, Ronald, 2003, «Terror and the attack on civil liberties », in *The New York Review of Books*, vol. L, n°17, pp. 37 et suivantes.

DWORKIN, Ronald, 2004, « What the court really said », in *The New York Review of Books*, vol. LI, n°13, pp. 26 et suivantes.

DYZENHAUS, David, 1997a, « Legal theory in the collapse of Weimar: contemporary lessons? », in *American Political Science Review*, vol. 91, n°1, pp. 121-134.

DYZENHAUS, David, 1997b, *Legality and legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar*, London, Oxford University Press.

DYZENHAUS, David, 1998, « Why Carl Schmitt? », in D. Dyzenhaus (dir.), *Law as Politics. Car Schmitt's critique of liberalism*, Durham, Duke University Press, pp. 23-36.

DYZENHAUS, David, 2000, « Herman Heller. Introduction », in A. J. Jacobson, B. Schlink (dir.), *Weimar, a jurisprudence of crisis*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, pp. 249-256.

DYZENHAUS, David, 2006, *The Constitution of Law. Legality in a time of emergency*, Cambridge, Cambridge University Press.

DYZENHAUS, David, REIBETANZ MOREAU, Sophia, RIPSTEIN, Arthur, (dir.), 2007, *Law and morality: readings in legal philosophy*, Toronto-Buffalo-London, University of Toronto Press.

EISENMANN, Charles, 1966, « La théorie des fonctions de l'Etat chez Carré de Malberg », in *Relation des Journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg, 1861-1935 (Strasbourg, 1961)*, Paris, Dalloz, pp. 49-70.

FANON, Frantz, 2002, *Les damnés de la terre*, Paris, La Découverte et Syros.

FOULQUIER, Norbert, 2009, « Maurice Hauriou, constitutionaliste, 1856-1929 », in *Jus Politicum*, n°2, http://www.juspoliticum.com/Maurice-Hauriou-als.html

FREUND, Julien, (1971), 1992, « Préface », in C. Schmitt, *La notion de politique*. *La théorie du partisan*, Paris, Flammarion, pp. 7-38.

FREUND, Julien, 1978, « Vue d'ensemble sur l'œuvre de Carl Schmitt », in *Revue européenne des sciences sociales*, Cahiers Vilfredo Pareto, n°44, t. 16, pp. 7-38.

FREUND, Julien, 1987, « Les lignes de force de la pensée politique de Carl Schmitt », *in Nouvelle Ecole*, n°44, 19e année, pp. 11-27.

FRIEDRICH, Carl Joachim, 1930, « Dictatorship in Germany ? », in *Foreign affairs*, vol. 9, n°1, pp. 118-132.

FRIEDRICH, Carl Joachim, 1933, « The Development of the Executive Power in Germany », in *The American Political Science Review*, vol. 27, n°2, pp. 185-203.

FRIEDRICH, Carl Joachim (1950), 1958, *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF.

FRIEDRICH, Carl Joachim, 1957, *Constitutional Reason of State. The survival of the Constitutional Order*, Providence, Brown University Press.

FRIER, Pierre-Clément, 1979, « Les législations d'exception », *in Pouvoirs, Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°10, pp. 21-34.

FULLER, Lon L., 1958, « Positivism and fidelity to law. A reply to professor Hart », in *Harvard Law Review*, vol. 71, pp. 630-672.

GALLI, Carlo, 2004, « Carl Schmitt et l'Etat », in S. Goyard-Fabre (dir.), *L'Etat au XXe siècle*, Paris, Vrin, pp. 35-53.

GOMEZ ORFANEL, German, 1986, *Exception y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, Centro de estudio constitutionales.

GOTTFRIED, Paul Edward, 1990, « Carl Schmitt, Politics and Theory », in *Political Science*, n°264.

GOYARD-FABRE, Simone, 1992, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF.

GOYARD-FABRE, Simone, 2004, « L'Etat du droit selon Hans Kelsen », in Goyard-Fabre (dir.), *L'Etat au XXe siècle*, Paris, VRIN, pp. 55-69.

GOYARD-FABRE, Simone, 2005, « L'illusion positiviste », in Mélanges Paul Amselek, Bruxelles, Bruylant, pp. 357-374.

GRANGÉ, Ninon, 2004, « L'état de nature, modèle et miroir de la guerre civile », in *Astérion*, n°2, pp. 157-177. URL : http://asterion.revues.org/102

GRANGÉ, Ninon, 2007, « L'État et la guerre : norme, référence, transgression », *Études internationales*, vol. 38, n° 1, p. 19-31. http://id.erudit.org/iderudit/015700ar

GRANGÉ, Ninon, 2009, *De la guerre civile*, Paris, Armand Colin.

GROS, Frédéric, 2006, *Etats de violence. Essai sur la fin de la guerre*, Paris, NRF/Essais Gallimard.

GROSS, Raphael, 2005, *Carl Schmitt et les Juifs*, Paris, PUF.

GROSS, Oren, NÌ AOLÁIN, Fionnuala, 2007, *Law in time of crisis. Emergency powers in Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press.

GROSSWALD CURRAN, Vivian, 2003, « Formalism and anti-formalism in French and German judicial methodology », in C. Joerges and N. Singh Ghaleigh (dir.), *Darker Legacies of law in Europe, The shadow of national socialism and fascism over Europe and its legal traditions*, Oxford and Portland, Hart publishing, pp. 205-228.

GROTIUS, Hugo, 2005, *Le droit des gens et de la paix*, Paris, PUF.

GRZEGORCZYK, Christoph, MICHAUT, Françoise, TROPER, Michel, (dir.), 1992, *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Story-Scientia.

GUSY, Christoph, 1994a, « La conception de la démocratie dans la constitution de Weimar », in G. Krebs et G. Schneilin (dir.), *Weimar ou de la démocratie en Allemagne*, Asnières, Pia, pp. 12-46.

GUSY, Christoph, 1994b, « La dissolution de la constitution de Weimar », in G. Krebs et G. Schneilin (dir.), *Weimar ou de la démocratie en Allemagne*, Asnières, Pia, pp. 265-292.

GUSY, Chrisoph, 2002, « Les idées démocratiques dans la République de Weimar », in C. M. Herrera (dir.), *Les juristes de gauche sous la République de Weimar*, Paris, Editions Kimé, pp. 13-26.

HABERMAS, Jürgen, 1990, *Ecrits politiques. Culture, droit, histoire*, Paris, Editions du Cerf.

HABERMAS, Jürgen, 1997, *Droit et Démocratie. Entre faits et normes*, Paris, NRF Essais Gallimard.

HART, H.L.A., 1958, « Positivism and the separation of law and morals », in *Harvard Law Review*, vol. 71, pp. 593-529.

HART, Herbert L.A., 1961, *The concept of law*, Oxford, Clarendon Press.

HELLER, Hermann (1928), 2001, « Démocratie et homogénéité sociale », in *Cités*, n°6, p. 199-211.

HELLER, Hermann (1929), 2001, « L'Europe et le fascisme », in *Cités*, n°6, PUF, pp. 179-211.

HERRERA, Carlos-Miguel, 1994, « La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardian de la Constitutión », in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n°86, pp. 195-227.

HERRERA, Carlos-Miguel (dir.), 1995, *Le droit, le politique, autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan.

HERRERA, Carlos-Miguel, 1997, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Editions Kimé.

HERRERA, Carlos-Miguel, 2002, « Droit et gauche. Sur une recherche », in C. M. Herrera (dir.), *Les juristes de gauche sous la République de Weimar*, Paris, Editions Kimé, pp. 7-12.

HERRERA, Carlos-Miguel, 2004, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Québec, Presses de l'Université de Laval.

HERRERA, Carlos-Miguel, 2011, « Weimar chez les juristes français contemporains », in C. M. Herrera (dir.), *La Constitution de Weimar et la pensée juridique française. Réceptions, métamorphoses, actualités*, Paris, Editions Kimé, pp. 7-28.

HOBBES, Thomas, 2000, *La Léviathan*, Paris, Gallimard.

HOERNI, Robert, 1917, *De l'état de nécessité en droit public fédéral suisse, Etude juridique sur les pleins pouvoirs*, Thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Genève, Genève.

HOGARD, Jacques, 1956, « Guerre révolutionnaire ou révolution dans l'art de la guerre », *in Revue de défense nationale et sécurité collective*, n°12.

HOGARD, Jacques, 1957a, « L'armée française devant la guerre révolutionnaire », in *Revue de défense nationale*, pp. 77-89.

HOGARD, Jacques, 1957b, « Le soldat dans la guerre révolutionnaire », in *Revue de défense nationale*, pp. 211-226.

HOGARD, Jacques, 1957c, « Guerre révolutionnaire et pacification », in *Revue militaire d'information*, Publication mensuelle du Ministère de la défense nationale et des forces armées, n°280, pp. 7-24.

HOWSE, Robert, 1998, « From legitimacy to dictatorship – and back angain: Leo Strauss's critique of anti-liberalisme of Carl Schmitt », in Dyzenhaus (dir.), *Law as Politics. Carl Schmitt's critique of liberalism*, Durham, Duke University Press, pp. 56-91.

HULL, Isabel V., 2005, *Absolute destruction. Military culture and the practice of war in Imperial Germany*, Ithaca, Cornell University Press.

HUMMEL, Jacky, 2002, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris, PUF.

HUMMEL, Jacky, 2005, *Carl Schmitt, L'irréductible réalité du politique*, Paris, Editions Michalon.

HUYSMANS, Jef, 2006, « International Politics of insecurity: Normativity, Inwardness and the exception », in *Security dialogue*, vol. 37, pp. 11-29.

HUYSMANS, Jef, 2008, « The jargon of exception – On Schmitt, Agamben and the absence of political society », in *International Political Sociology*, n°2, 165-183.

JACAB, András, 2005, « German Constitutional Law and Doctrine on State of Emergency. Paradigms and Dilemmas of a Traditional (Continental) Discourse », in *German Law Journal*, vol. 07, n° 05.

JACOBSON, Arthur J.et SCHLINK, Bernard, 2000, « Constitutional crisis. The German and the American experience », in *Weimar, a jurisprudence of crisis*, A. J. Jacobson et B. Schlink (dir.), 2000, University of California Press.

JAUME, Lucien, 2004, « Carl Schmitt, la politique de l'inimitié », in *Historia constitutional*, n°5.

JOUANJOUAN, Olivier, 2002, « Un positiviste dans la crise : Richard Thoma », in J.-F. Kervégan (dir.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa République et ses juri*stes. Paris, ENS Editions, pp. 13-54.

JOUANJAN, Olivier, 2005, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, Paris, PUF.

JOUANJAN, Olivier, 2010, « Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen », in Olivier Jouanjan (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, pp. 11-46.

JOUIN, Céline, 2007, « La guerre civile mondiale n'a pas eu lieu », Préface in C. Schmitt, *La guerre civile mondiale. Essai (1943-1978)*, Alfortville, Chercheurs d'ère, pp. 7-27.

KAMBAS, Chryssoula, 1984, « Walter Benjamin lecteur des Réflexions sur la violence », in *Cahiers Georges Sorel*, n°2, pp. 71-89.

KANT, Emmanuel (1796), 1993, *Métaphysique des mœurs, Doctrine du droit* (1796), trad. A. Philonenko, Paris, Vrin.

KAUFMANN, Erich, 2004, « Carl Schmitt et son école », Lettre ouverte à Ernst Forsthoff, in *Cités*, n°17, pp. 153-156.

KELLY, Duncan, 2004, « Revisiting the Right of man: Georg Jellinek on rights and the State », in *Law and history review*, vol. 22, n°3, pp. 493-529.

KENNEDY, Ellen, 1998, « Hostis not inimicus: toward a theory of the public in the work of Carl Schmitt », in Dyzenhaus (dir.), *Law as Politics. Car Schmitt's critique of liberalism*, Durham, Duke University Press, pp. 92-108.

KENNEDY, Ellen, 2004, *Constitutional failure. Carl Schmitt in Weimar*, Durham, NC, Duke University Press.

KERVEGAN, Jean-François, 1992, *Hegel, Carl Schmitt, Le politique entre spéculation et positivité*, Paris, PUF.

KERVEGAN, Jean-François, 1995a, « La critique schmittienne du normativisme kelsénien », in C. M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique, autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, pp. 229-241.

KERVEGAN, Jean-François, 1995b, « L'enjeu d'une "Théologie politique" : Carl Schmitt », in *Revue de métaphysique et de morale*, n°2, pp. 201-220.

KERVEGAN, Jean-François (dir.), 2002, *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa République et ses juri*stes, Paris, ENS Editions.

KERVEGAN, Jean-François, 2003, « Etat d'exception », in P. Raynaud et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Quadrige / PUF, pp. 252-255.

KERVEGAN, Jean-François, 2004a, « Carl Schmitt et "l'unité du monde"», in *Les études philosophiques*, n° 68, pp. 3-23.

KERVEGAN, Jean-François, 2004b, « Questions sur Carl Schmitt », in *Le Débat*, n°131, pp. 147-159.

KLEIN, Claude, 1997, « La découverte de la doctrine française du pouvoir constituant en Allemagne : de l'Empire à la République fédérale », in Olivier Beaud et Patrick Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, pp. 136-149.

LAFAILLE, Franck, 2000, « Le "présidentialisme parlementaire" sous la IIIe République ; les "descentes de fauteuil de Gambetta et d'Herriot" », in *Revue française de droit constitutionnel*, n°76, pp. 733-760.

LAGHMANI, Slim, 2003, *Histoire du droit des gens, du jus gentium imérial, au jus publicum europaeum*, Paris, Editions A. Pedone.

LAMARQUE, Jean, 1961, « La théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution de 1958 », in *Revue du droit public et de la Science politique en France et à l'étranger*, 1961, n°3, pp. 558-628.

LAMARQUE, Jean, 1966, « Recension de la thèse de doctorat de Geneviève Camus, *L'état de nécessité en démocratie* », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 18, n°4, pp. 957-959.

LASKI, Harold, J. (1917), 1918, *Studies in the problem of sovereignty*, London, Yale University Press.

LAUNAY Stephen, 2004, « Quelques formes et raisons de la guerre », *Raisons politiques*, n°13, pp. 9-36.

LAZZERI, Dominique, REYNIE, Christian (dir.), 1992, *La raison d'Etat : politique et rationalité*, Paris, PUF.

LE DIVELLEC, 2007, « Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Eléments sur les paradoxes d'une "théorie" constitutionnelle douteuse », in O. Beaud, P. Pasquino (dir.), *La Controverse sur "Le Gardien de la Constitution" et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris, L.G.D.J. / Editions Panthéon-Assas, pp. 33-79.

LENINE, (1918), 1971, *La Révolution prolétarienne et le renégat Kautsky*, Paris, Moscou, Editions sociales / Editions du progrès.

LEYDET, Dominique, « Pluralism and the crisis of parliamentary democracy », in D. Dyzenhaus (dir.), *Law as Politics. Car Schmitt's critique of liberalism*, Durham, Duke University Press, pp. 109-130.

L'HEUILLET, Hélène, 2008, « Le terrorisme islamique, un messianisme anarchiste », in *Cité*, n°36, pp. 83 à 92.

L'HEUILLET, Hélène, 2009, *Aux sources du terrorisme. De la petite guerre aux attentats-suicides*, Paris, Fayard.

LIETZMANN, Hans, J., 2002, « Le retour de la science politique allemande. Une continuité paradoxale dans la période de l'après-guerre », in *Politix*, vol. 15, n°59, pp. 15-32.

LINDSETH, Peter, 2004, « The paradox of Parliamentary Supremacy : Delegation, Democracy and Dictatorship in Germany and France, *1920s-1950s* », in *The Yale Law Journal*, vol. 113, p.1341 et ss.

LOCKE, John (1690), 1992, *Traité du Gouvernement Civil*, Paris, Flammarion.

LÖWITH, Karl, 1991, « Le décisionnisme (occasionnel) de Carl Schmitt », in *Les temps Modernes*, n°544, pp. 15-50.

LÖWITH, Karl, 2009, *Max Weber et Karl Max*, Paris, Editions Payot & Rivages.

LÖWY, Michael, 2001, *Walter Benjamin : avertissement d'incendie. Une lecture des thèses « Sur le concept d'histoire »*, Paris, PUF.

MACHIAVEL, Nicolas (1531), 1980, *Sur la première décade de Tite-Live*, Paris, Bibliothèque Berger-Levrault.

MAGNON, Xavier, 2009, « En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique ? », in *R.T.D. Civ*., n°2, pp. 269-280.

MAKROPOULOS, Michael, 1995, « Tendencies of the 20s : on the discourse on classical modernity in Germany », in *Theory, culture & society*, vol. 12, pp. 103-129.

MANIN, Bernard, 1996, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion.

MANIN, Bernard, 2003, « Libéralisme et puissance de l'Etat : la critique manquée de Carl Schmitt », in P. Favre, J. Hayward, Y. Schemeil (dir.), *Etre gouverné*, Paris, Presses de Sciences Po, pp. 151-162.

MANIN, Bernard, 2008, « The emergency paradigm and the new terrorism. What if the end of terrorism was not in sight? », in S. Baume, B. Fontana (dir.), *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Paris, Michel Houdiard, pp. 136-171.

MAO TSE-TOUNG, 1955, *La guerre révolutionnaire*, Editions sociales.

MARRAMAO, Giacomo, 1995, « Pouvoir et puissance. A propos de Carl Schmitt », in C. M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique, autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, pp. 69-82.

MARX, Karl (1850), 1994, *Les luttes de classes en France*, Paris, Gallimard.

MARX, Karl (1852), 2007, *Le 18 Brumaire de Louis Bonaparte*, Flammarion, Paris.

MASCHKE, Günter, 1987, « Carl Schmitt : "fossoyeur de la République", "kronsjurist" ou "dernier classique" ? », in *Nouvelle Ecole*, n°44, 19e année, pp. 29-62.

MASCHKE, Günter, 2003, « La guerre, instrument ou expression de la politique. Remarques à propos de Clausewitz », in *Stratégique*, n°78-79, pp. 27-40.

MAULIN, Eric, 2002, « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », in *Annales historiques de la Révolution française* [en ligne], n°328. http://ahrf.revues.org/583

MAULIN, Eric, 2003, *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, Paris, PUF.

MCCORMICK, John, P., 1997, *Carl Schmitt's critique of liberalism. Against politics as technology*, Cambridge, Cambridge University Press.

MCCORMICK, John, P., 1998, « The dilemmas of Dictatorship. Carl Schmitt and constitutional emergency powers », in D. Dyzenhaus (dir.), *Law as politics. Carl Schmitt's critique of liberalism*, Duham and London, Duke Univesity Press.

MCCORMICK, John, P., 2004, « Identifying or exploiting the paradoxes of constitutional democracy ? An introduction to Carl Schmitt's Legality and legitimacy », in C. Schmitt, *Legality and legitimacy*, Durham and London, Duke University Press, pp. XIII-XLIII.

MEIER, Heinrich, 1990, *Carl Schmitt, Léo Strauss et la notion de politique. Un dialogue entre absents*, Paris, Julliard.

MERCIER-JOSA, Solange, 1995, « A propos de Légalité et légitimité de Carl Schmitt », in C. M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique, autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, pp. 83-118.

MERTENS, Thomas, 2006, « But Was it Law? », in *German Law Journal*, n°7, pp. 191-198.

MEYROWITZ, Henri, 1970, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Editions Pédones, Paris.

MIARD-DELACROIX, Hélène, SENELLART, Michel, « Présentation du numéro "La crise du droit sous la République de Weimar et le nazisme" », in *Astérion*, n°4, pp. 9-17.

MILLS, Catherine, 2008, *The philosophy of Agamben*, Montréal, Acumen.

MOMMSEN, Wolfgang J. (1950), 1985, *Max Weber et la politique allemande*, 1890-1920, Paris, PUF.

MONHAUPT, Heinz, 1993, « L'Etat de droit en Allemagne. Histoire, notion, fonction », in *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n°24, pp. 69-91.

MONOD, Jean-Claude, 2003, « Schmitt et le problème du Léviathan : de la théologie politique à la mythologie antisémite », in *Critique*, t. 14, n° 678.

MONOD, Jean-Claude, 2004, « La déstabilisation humanitaire du droit international et le retour de la « guerre juste » : une lecture critique du *Nomos* de la terre », in *Les études philosophiques*, n° 68, p. 39-56.

MONOD, Jean-Claude, 2006, « Vers un droit international d'exception ? », in *Esprit*, n°327, pp. 173-193.

MONOD, Jean-Claude, 2007, *Penser l'ennemi, affronter l'exception, Réflexions sur l'actualité de Carl Schmitt*, Paris, La Découverte.

MOUFFE, Chantal, 1998a, « Carl Schmitt and the paradox of liberal democracy », in Dyzenhaus (dir.), *Law as Politics. Car Schmitt's critique of liberalism*, Durham, Duke University Press, pp. 159-175.

MOUFFE, Chantal, 1998b, « Démocratie et libéralisme politique: est-il possible de les réconcilier ? », in C. Mouffe, O. Höffe, A.-M. Dillens, R. Visker, J.-C. Merle, R. Cobbaut, R. Castel, *Questions au libéralisme*, Bruxelles, Publications des Faculté universitaires Saint-Louis.

MOUFFE, Chantal, 2007, « Carl Schmitt's warning on the dangers of unipolar world », in L. Odysseos et F. Petito (dir.), *Terror, liberal war and the crisis of global order*, Londres, Routledge, 2007, pp. 147-153.

MÜLLER, Jan-Werner, 2007, *Carl Schmitt. Un esprit dangereux*, Paris, Armand Colin.

NEEDLER, Martin, 1959, « The theory of the Weimar presidency », in *The Review of Politics*, vol. 21, n°4, pp. 692-698.

NEGRI, Antonio, 1997, *Le pouvoir constituant. Essai sur les alternatives de la modernité*, Paris, PUF.

NIZARD, Lucien, 1962, *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative*, Paris, L.G.D.J.

NYS, Ernest, 1912, *Le droit international, les principes, les théories, les faits*, Editions Moens Frère et Sœur.

ODYSSEOS, Louiza, 2007, « Crossing the line? Carl Schmitt and the displacement of the political», in L. Odysseos and F. Petito, *Terror, liberal war and the crisis of global order,* Londres, Routledge, pp. 124-143.

ODYSSEOS, Louiza, 2009, « Humanité, hostilité et ouverture de l'ordre dans la pensée international de Carl Schmitt », in *Etudes internationales*, vol. 15, n°1, pp. 73-93.

ODYSSEOS, Louiza, et PETITO, Fabio, 2007, « The international political thought of Carl Schmitt», Introduction in L. Odysseos and F. Petito, *Terror, liberal war and the crisis of global order*, Londres, Routledge, pp. 1-17.

PALEOLOGUE, Théodore, 2004, *Sous l'œil du Grand Inquisiteur, Carl Schmitt et l'héritage de la théologie politique*, Paris, Editions du Cerf.

PASQUIER, Claude (du), 1988, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Paris, Delachaux et Niestlé.

PASQUIER, Emmanuel, 2009, « Carl Schmitt et la circonscription de la guerre : le problème de la mesure dans la doctrine des "grands espaces" », in *Études internationales*, vol. 40, n° 1, pp. 55-72.

PASQUINO, Pasquale, 1993a, « Etat de droit et démocratie. A propos de la *Verfassungslehre* de Carl Schmitt », in *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n°24, pp. 93-108.

PASQUINO, Pasquale, 1993b, « Schmitt à Weimar. Remarques sur la préface d'Olivier Beaud à : Carl Schmitt, Théorie de la Constitution », in *Revue française de sciences politiq*ues, vol.43, n°4, pp. 702-708.

PASQUINO, Pasquale, 1994, « Gardien de la constitution ou justice constitutionnelle ? Carl Schmitt et Hans Kelsen », in M. Troper et L. Jaume (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Bruxelles, Paris, Bruylant / L.G.D.J., pp. 143-152.

PASQUINO, Pasquale, 1995, « Penser la démocratie : Kelsen à Weimar », in C.-M. (dir.), *Le droit, le politique, autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, pp. 119-131.

PASQUINO, Pasquale, 1998, « Locke on King's prerogative », *Political Theory*, n°26, pp. 198 et ss.

PAULSON, Stanley L., 1994, « Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the "positivist" theses », in *Law and philosophy*, vol. 13, n°3, pp. 313-359.

PAULSON, Stanley L., 1995, « Arguments "conceptuels" de Schmitt à l'encontre du contrôle de constitutionnalité et réponses de Kelsen », in C. M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique, autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, pp. 243-259.

PAULSON, Stanley L., 1997, « Introduction », in H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Bruxelles, Paris, Bruylant / LGDJ, pp. 3-42.

PAULSON, Stanley L., 2005, « Some Issues in the Exchange between Hans Kelsen and Erich Kaufmann, in *Scandinavian Studies in Law* », vol. 48, pp. 269-290.

PAYE, Jean-Claude, 2004a, *La fin de l'Etat de droit. La lutte antiterroriste, de l'état d'exception à la dictature*, Paris, La dispute.

PAYE, Jean-Claude, 2004b, « L'état d'exception : forme de gouvernement de l'Empire ? », *Multitudes*, n°16, pp. 179-190.

PERIES, Gabriel, 1997, « Conditions d'emploi des termes interrogatoire et torture dans le discours militaire pendant la guerre d'Algérie », in *Mots*, n°51, pp. 41 et suivantes.

PERIES, Gabriel, 1999, *De l'action militaire à l'action politique, Impulsion, codification et application de la doctrine de la « guerre révolutionnaire » au sein de l'armée française (1944-1960)*, Thèse de doctorat de sciences politiques, préparée sous la direction de J. Lagroye, Université de Paris I-Panthéon-Sorbonne, janvier 1999.

PERIES, Gabriel, 2008, « Normativité de l'état d'exception. Entre le postcolonial et la guerre froide », in C. Coquio (dir.), *Retour du colonial. Disculpation et réhabilitation de l'histoire coloniale*, Editions de l'Atalante, 2008, pp. 79 et ss.

PERIES, Gabriel, 2010, « Fonctions de la normativité du théologico-politique et de l'exceptionnalité militariste chez Carl Schmitt », in J.-F. Rey (dir.), *Visages de la justice*, L'Harmattan, 2010, pp. 183-208.

PERREAU-SAUSSINE, 2003, Emile, « Raymond Aron et Carl Schmitt lecteurs de Clausewitz », in *Commentaire*, vol. 26, n°103.

PEUKERT, Detlev J.K., 1995, *La république de Weimar. Années de crise de la modernité*, Paris, Aubier.

PFERSMANN, Otto, 1997, « Carré de Malberg et « la hiérarchie des normes », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918,* Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, pp. 295-324.

PHILONENKO, Alexis, 1988, *Essais sur la philosophie de la guerre*, Paris, Vrin.

PICAVET, Emmanuel, 2004, « Sur le rapport aux règles et la résistance au positivisme juridique », in *Archives de Philosophie*, t. 67, pp. 583-605.

PINON, Stéphane, 2003, *Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la Ve République*, LGDJ, Paris.

PISIER-KOUCHNER, Evelyne, 1972, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, Paris, L.G.D.J.

POURTAU, Lionel, 2003, « L'ennemi à l'âge des conflits asymétriques », in *Sociétés*, n°80, pp. 73-88.

PRANCHERE Jean-Yves, 2004, *L'autorité contre les lumières. La philosophie de Joseph de Maistre*, Genève, Droz.

PROUST, Françoise, 1994, *L'histoire à contretemps. Le temps historique chez Walter Benjamin*, Paris, Editions du Cerf.

PROZOROV, Sergei, 2005, « X/Xs : Toward a general theory of the exception », in *Alternatives*, vol. 30, n°1, pp. 81-112.

RADBRUCH, Gustav (1946), 1994, « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht », in
Süddeutsche Juristenzeitung, 1, 1946, pp. 105-108. La traduction française de Michael Walz peut être consultée sur le site des archives de l'Association française de philosophie du droit, avec une présentation de M. Walz
http://www.philosophie-droit.asso.fr/sommaire.php?an=1994

RAMEL, Frédéric, 2009, « Carl Schmitt face à Hans Kelsen : la joute se poursuit à l'échelle internationale », in *Études internationales*, vol. 40, n° 1, 2009, p. 17-35.

RANCIERE, Jacques, 2005, *La haine de la démocratie*, Paris, La Fabrique édition.

RANCIERE, Jacques, 2007, *Aux bords du politique*, Paris, Gallimard.

RAULET, Gérard, 1997, *Le caractère destructeur. Esthétique, théologie et politique chez Walter Benjamin*, Paris, Aubier.

RAYNAUD, Philippe, 1987, *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, Paris, Quadrige/PUF.

REDOR, Marie-Joëlle, 1992, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris, Economica.

REDOR, Marie-Joëlle, 1995, « C'est la faute à Rousseau… » Les juristes contre les parlementaires sous la Troisième République », in *Politix*, n°32, pp. 89-96.

REDSLOB, Robert, 1923, *Histoire des grands principes du droit des gens, depuis l'Antiquité jusqu'à la veille de la grande guerre*, Paris, Rousseau et Cie éditeurs.

RENAUT, Alain, 1986, « Kelsen et le problème de l'autonomie du droit » *in Cahiers de philosophie politique et juridique*, n°9, pp. 7-21.

RENAUT, Alain, SOSOE, Lukas, 1991, *Philosophie du droit*, Paris, PUF.

RIALS, Stéphane, 2003, « Hobbes en chemise brune. Sur un livre de Carl Schmitt et le problème Schmitt », in *Droits*, n°38, pp. 183-242.

ROSANVALLON, Pierre, 2006, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Editions du Seuil.

ROSSITER, Clinton (1948), 2009, *Constitutional Dictatorship. Crisis Governement in the Modern Democracies*, Library of Congres.

ROUSSEAU, Charles, 1983, *Le droit des conflits armés*, Paris, Editions A. Pedone.

ROUSSEAU, Jean-Jacques (1762), 1992, *Du contrat social*, Paris, GF-Flammarion.

RÜTHERS, Bernd, 2002, « Citations d'un "auteur classique" (Carl Schmitt) selon les époques », in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 51, pp. 537 à 555.

SAINT-BONNET, François, 1998, « Réflexions sur l'article 16 et l'état d'exception », in *Revue de Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*, LGDJ, numéro spécial, pp. 1699-1718.

SAINT-BONNET, François, 2000, « Droit et évidente nécessité : l'autonomie de l'état d'exception », in *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°30, pp. 29-43.

SAINT-BONNET, François, 2001, *L'état d'exception*, Paris, PUF.

SAINT-BONNET, François, 2003, « Exception, nécessité, urgence », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), Paris, Quadrige / Lamy-PUF.

SAINT-BONNET, François, 2007, « Etat d'exception, droit et politique », in S. Théodorou (dir.), *L'exception dans tous ses états*, Paris, Editions Parenthèses, pp. 149-161.

SAINT-BONNET, François, 2008, Articles « Etat d'urgence » ; « Circonstances exceptionnelles » et « Législations d'exception », in J. Andrantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Margénaud, S. Rials, F. Sudre, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, pp. 308-312.

SAUVÊTRE, Pierre, 2011, « Exception et révolution. Sur la dialectique de l'exception chez Alain Badiou », in *Tracés,* n°20, pp. 107-122.

SAVON, Hervé, 1969; « Recension de la *Theorie des Partisanen*, Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen », in *Guerres et Paix*, 4e année, n°12.

SCHEPPELE, Kim Lane, 2004, « Law in time of emergency », in *Nellco*. http://lsr.nellco.org/upenn-wps/55.

SCHEUERMAN, William, CALDWELL, Peter, 2000, Introduction, in P. Caldwell, W. Scheuerman (dir.), *From liberal democracy to fascism: legal and political thought in the Weimar Republic*, Boston, Leiden, Cologne, Humanities Press, pp. 1-19.

SCHLEGEL, Jean-Louis, 1988, « Introduction », in C. Schmitt, *Théologie politique, 1922, 1969*, Paris, Gallimard.

SCHMELCK, Robert, PICCA, Georges, 1979, « L'Etat face au terrorisme », in *Pouvoirs, Revue* française d'études constitutionnelles et politiques, n°10, pp. 53-64.

SCHOENBERGER, Christoph, 2000, « Hugo Preuss. Introduction », in A. J. Jacobson et B. Schlink (dir.), *Weimar, a jurisprudence of crisis*, University of California Press, pp. 110-115.

SCHOENBERGER, Christoph, 2010, « De l'Etat comme substance à l'Etat comme fonction : les débuts de la théorie pure du droit dans les *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* », in Olivier Jouanjan (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, pp. 47-69.

SCHWAB, George, 1978, « The decision », *in Revue européenne des sciences sociales,* Cahiers Vilfredo Pareto, t. 16, n°44, pp. 67-76.

SCHWAB, George, 1989, *The challenge of the exception. An introduction to the political ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, Berlin, Duncker & Humblot.

SEGLARD, Dominique, 1995, « Présentation », dans C. Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, Paris, PUF, pp. 7-66.

SENELLART, Michel, 1989, *Machiavélisme et raison d'Etat*, Paris, PUF.

SENELLART, Michel, 2004, « La qualification de l'ennemi chez Emer de Vattel », in *Astérion*, n°2, pp. 31-51. URL : http://asterion.revues.org/82

SENELLART, Michel, 2009, « Présentation du numéro : "L'ami et l'ennemi " », in *Astérion*, n°6. URL : http:// asterion.revues.org/1454

SENELLART, Michel, 2010, « Le problème de la raison d'Etat constitutionnelle selon C J. Friedrich », in B. Krulic (dir.), *Raison(s) d'Etat(s) en Europe. Traditions, usages, recompositions*, Bern, Peter Lang, pp. 173-196.

SENELLART, Michel, ZANCARINI, Jean-Claude, 2003, « Présentation du numéro : "Les discours de la guerre" », in *Mots*, n°73, pp. 3-6.

SERRAND, Pierre, 2010, « Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction », publié dans *Jus Politicum*, n°4. http://www.juspolitcum/Administrer-et-gouverner-Histoire.html

SIMARD, Augustin, 2006a, « David Dyzenhaus, The Constitution of Law. Legality in a time of Emergency », in *Jus Politicum*.
http://www.juspoliticum.com/David-Dyzenhaus-The-Constitution,190.html

SIMARD, Augustin, 2006b, « De la dictature légitime à la légitimité de la dictature. Die diktatur de Carl Schmitt et l'héritage de Max Weber », in M. Coutu et G. Rocher (dir.), *La légitimité de l'Etat et du droit. Autour de Max Weber*, Paris, Laval, L.G.D.J. / Presses de l'Université de Laval, pp. 237-257.

SIMARD, Augustin, 2008, « L'échec de la constitution de Weimar et les origines de la "démocratie militante" en R.F.A. », in *Jus politicum* n°1, pp. 163-182.
http://www.juspoliticum.com/L-echec-de-la-Constitution-de,29.html

SIMARD, Augustin, 2009, *Carl Schmitt et la controverse légalité/légitimité sous Weimar*, Editions de la maison des sciences de l'homme, Laval, Presses de l'Université de Laval.

SLOMP, Gabriella, 2009, *Carl Schmitt and the Politics of hostility, violence and terror*, New York, Palgrave Macmillan.

SOMBART, Nicolaus, 1999, *Les mâles vertus des Allemands, Autour du syndrome Carl Schmitt*, Paris, Editions du Cerf.

SOREL, Georges, (1908), 1972, *Réflexion sur la violence*, Paris, Editions Marcel Rivière et Cie, 1972.

STEITZER, Jeffrey, 1998, « Carl Schmitt's internal critique of liberal constitutionnalism », in Dyzenhaus (dir.), *Law as Politics. Car Schmitt's critique of liberalism*, Durham, Duke University Press, pp. 281-311.

STIRK, Peter M.R., 2009, « Et l'ère de l'État touche à sa fin : Carl Schmitt et la conceptualisation des changements d'époque historique en relations internationales », in *Études internationales*, vol. 40, n° 1, p p. 37-54.

STOLLEIS, Michael, 2006, « Dans le ventre du Léviathan. La science du droit constitutionnel sous le national-socialisme », in *Astérion*, n° 4, pp. 99-122.

STORA-LAMARRE, Annie, 2005, « La guerre au nom du droit », in *Revue d'histoire du siècle*, n°30, 2005.

STRAUSS, Léo, 1988, « Remarques sur *La notion de politique* de Carl Schmitt », in Carl Schmitt, *Parlementarisme et démocratie,* Paris, Seuil, pp. 189-214.

TACHELS, Bruno, 1992, *Walter Benjamin, une introduction*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg.

TAUBES, Jacob, 2003, *En divergent accord. A propos de Carl Schmitt*, Paris, Rivages poche/ Petite Bibliothèque.

TERRE, François, 1979, « La justice en temps de crise », in *Pouvoirs, Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°10, pp. 35-40.

THALMANN, Rita, 1986, *La République de Weimar*, Paris, PUF.

THENAULT, Sylvie, 2001, *Une drôle de justice. Les magistrats dans la guerre d'Algérie*, Paris, La Découverte & Syros.

THEODOROU, Spyros, 2007, *L'exception dans tous ses états*, in S. Théodorou (dir.), Editions Parenthèses, Paris, pp. 163-175.

TINGSTEN, Herbert, (1930), 1934, *Les pleins pouvoirs. L'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre*, Paris, Stock.

TOMMISSEN, Piet, 1978, « Contributions de Carl Schmitt à la polémologie », in Revue européenne des sciences sociales, Cahiers Vilfredo Pareto, n°44, t. 16, pp. 141- 170.

TREANTON, Jean-René, Julien Freund, 1973, « *Le Nouvel âge. Eléments pour une théorie de la démocratie et de la paix*. Carl Schmitt, *La notion de politique. Théorie du partisan* », in *Revue française de sociologie*, n°14-3. pp. 420-423.

TRIEPEL, Heinrich, (1927), 2000, « Law of the state and politics *Weimar, a jurisprudence of crisis* », in A. J. Jacobson et B. Schlink (dir.), *Weimar, a jurisprudence of crisis*, University of California Press, pp. 176-188.

TRIGEAUD, Jean-Marc, 2004, « Théorie de l'Etat et réalisme sociologique dans la pensée de Duguit et Hauriou », in S. Goyard-Fabre (dir.), *L'Etat au XXe siècle* Paris, Vrin, pp. 19-34.

TRINQUIER, Roger, 1968, *Guerre, subversion, révolution*, Paris, E. Laffont.

TROPER, Michel, 1988, « Présentation », in Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Editions Economica, pp. 5-14.

TROPER, Michel, 1993a, « Le concept d'Etat de droit », in *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n°24, pp. 23-40.

TROPER, Michel, 1993b, « Sur la théorie juridique de l'Etat », in *Le Débat*, n°74, pp. 81-93.

TROPER, Michel, 1995, « Kelsen et le contrôle de constitutionnalité », in C. M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique, autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, pp. 157-182.

TROPER, Michel, 1996, « Positivisme juridique », in P. Raynaud et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, pp. 495-499.

TROPER, Michel, 2001, « Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français », in C. M. Herrera (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Bruxelles, Paris, Bruylant / L.G.D.J., pp. 29-45.

TROPER, Michel, 2003, *La philosophie du droit*, Paris, PUF.

TROPER, Michel, 2007a, « Kelsen et la cour constitutionnelle », in O. Beaud, P. Pasquino, (dir.), *La controverse sur le « Gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris, Editions Panthéon-Assas, pp. 83-101.

TROPER, Michel, 2007b, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », in S. Théodorou (dir.), *L'exception dans tous ses états*, Paris, Editions Parenthèses, 2007b, pp. 163-175.

TROTSKY, Léon, 1920, *Terrorisme et communisme (l'anti-Kautsky)*, publié dans l'édition électronique "Les classiques des sciences sociales".
http://www.uqac.uquebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/index.html

TUCHSCHERER, Emmanuel, 2004, « Le décisionnisme de Carl Schmitt : théorie et rhétorique de la guerre », in *Mots*, n°73.

ULMEN, L., Gary, 2007, « Partisan warfare, terrorism and the problem of a new *nomos* of the earth », in L. Odysseos et F. Petito (dir.), *Terror, liberal war and the crisis of global order*, Londres, Routledge, pp. 97-106.

VATTEL, Emer de, 1758, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres.

VERGNIOLLE de CHANTAL, François, 2005, « Carl Schmitt et la "révolution conservatrice américaine" », in *Raisons politiques*, n°19.

VERMEIL, Edmond, 1923, *La constitution de Weimar et le principe de la démocratie allemande*, Londres, Strasbourg, Oxford University Press / Librairie Istra.

VILLATOUX, Paul et Marie-Catherine, 2005, *La république et son armée face au « péril subversif ». Guerre et action psychologique. 1945-1960*, Paris, Les Indes savantes.

VILLEY, Michel, 1962, *Leçon d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz.

VOISSET, Michèle, 1979, « Une formule originale des pouvoirs de crise : l'article 16 », in *Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°10, pp. 35-40.

WATKINS, Frederick Mundell, 1939, *The failure of Constitutional Emergency Power under German Republic*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press.

WEBER, Samuel, 1992, « Taking exception to decision », in *Diacritics*, vol. 22, n°3-4, pp. 5-18.

WIEWIORKA, Michel, 2004, *La violence*, Paris, Balland.

WILDE, Marc, 2004, « Safeguarding the Constitution with and against Carl Schmitt », Recension de l'ouvrage de Ellen Kenedy, *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*, in *Political Theory*, vol. 34, n°4, août 2006, pp. 510-515.

WILDE, Marc, 2010, « The state of emergency in the Weimar Republic Legal disputes over Article 48 of the Weimar Constitution », in *The legal history review*, vol. 78, n°1-1, pp. 135-158.

WOLIN, Richard, 1990, « Carl Schmitt. L'existentialisme politique et l'Etat total », in *Les temps modernes*, n°523, 45e année, pp. 50-88.

ZAGANIARIS, Jean, 2001, « Réflexions sur une « intimité » : Joseph de Maistre et Carl Schmitt », in *L'Homme et la société*, n° 140-141, pp. 147-167.

ZANON, Nicolò, 1991, « La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle », in *Annuaire international de la justice constitutionnelle*, V, Paris, Aix-Marseille, Economica / Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pp. 177-189.

ZARKA, Yves Charles, 2001, « Carl Schmitt : la pathologie de l'autorité », in *Cité*, n°6, pp. 3-6.

ZARKA, Yves Charles, 2003, « Carl Schmitt, le nazi ». Présentation des textes de Schmitt « Le Führer protège le droit. A propos du discours d'Adolph Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934 » et « La science allemande du droit dans sa lutte contre l'esprit juif », in *Cités*, n°14, pp. 161-162.

ZARKA, Yves Charles (dir.), 2009a, *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, PUF, Paris.

ZARKA, Yves Charles, 2009b, « Le mythe contre la raison : Carl Schmitt ou la triple trahison de Hobbes », in Y.-C. Zarka (dir.), *Carl Schmitt ou le mythe politique*, Paris, PUF. Publié également dans *Droits*, n°45, pp. 177-190